



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

FONDEVILA MARÓN, Manuel

Los nuevos estatutos de autonomía en el marco del derecho constitucional comparado

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLV, núm. 133, 2012, pp. 13-54

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723287001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA EN EL MARCO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO\*

### *NEW STATUTES OF AUTONOMY WITHIN THE FRAMEWORK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*

Manuel FONDEVILA MARÓN\*\*

**RESUMEN:** En este artículo se estudian comparativamente los nuevos estatutos de autonomía aprobados desde 2006 en España, en relación con las normas institucionales básicas de otros Estados federales (Estados Unidos, México, Alemania, Austria, Suiza e Italia). Junto con el objetivo evidente de enmarcar los nuevos estatutos aprobados en España dentro de un contexto global, se pone el acento en las dificultades normativas que van a plantear algunas cuestiones que han quedado abiertas después de la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

**Palabras clave:** poder de reforma, Estado federal, competencias, derechos, justicia constitucional.

**ABSTRACT:** *We make a study on the new statutes of autonomy adopted since 2006 in Spain in comparison with the basic institutional rules of the other federal states such as United States of America, México, Germany, Switzerland and Italy. Along with the obvious aim of framing the new Constitution approved in Spain within a global context, the emphasis is on the difficulties as result of some questions that remained opened after the STC 31/2010 about the new statute of Catalonia yet.*

**Keywords:** *amending power, federal State, competences, bills of rights, constitutional justice.*

\* Artículo recibido el 23 de junio de 2011 y aceptado para su publicación el 20 de septiembre de 2011. Expreso mi agradecimiento al profesor Javier Ruipérez, sin el cual este trabajo no hubiese visto la luz, y también a los profesores Lucio Pegoraro y Jorge Carpizo, por su amable hospitalidad durante mis estancias de investigación en Bolonia y México.

\*\* Licenciado en derecho por la Universidad de La Coruña; licenciado en ciencias políticas por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, y máster en derecho de la Unión Europea por la Universidad de La Coruña.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,  
nueva serie, año XLV, núm. 133,  
enero-abril de 2012, pp. 13-54

A tenor de los artículos referidos al Tribunal Constitucional, 152 y siguientes, de las normas alusivas al referéndum y la revisión constitucional, queda claro que en el Proyecto [de Constitución] no se admite el recurso de inconstitucionalidad de las leyes inconstitucionales... Ahora bien, aunque las leyes orgánicas no son leyes constitucionales, nada tendría de particular que el Legislativo presionara sobre el Tribunal para que no se admitiera la discusión sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Se trata evidentemente de una hipótesis, pero perfectamente posible. Hipótesis que, en caso de llegar a producirse, colocaría la clásica polémica de la justicia constitucional, como una justicia política, en un nivel inferior al que la planteara Carl Schmitt, y que significaría la muerte del Tribunal Constitucional.

Pedro de VEGA (1978)

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Creación o reforma?* III. *La forma de Estado federal (macrocomparación)*. IV. *El derecho constitucional de las colectividades miembros (microcomparación)*. V. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

Las reformas estatutarias que comienzan a partir de la llegada al poder de José Luis Rodríguez Zapatero en 2004 y que han tenido como resultado la aprobación de los nuevos textos estatutarios en la comunidad valenciana (L. O. 1/2006 de 10 de abril), Cataluña (L. O. 6/2006 de 19 de julio), Islas Baleares (L. O. 1/2007 de 28 de febrero), Andalucía (L. O. 2/2007 de 19 de marzo), Aragón (L. O. 5/2007 de 20 de abril) y finalmente Castilla-León (L. O. 14/2007 de 30 de noviembre) deben enmarcarse en un contexto internacional más amplio, pues desde 2000 (con la aprobación de la nueva Constitución del estado de Veracruz, México) y desde la reforma constitucional de la República de Italia en 2001, en es-

tos Estados se vienen proponiendo algunas cuestiones similares a las que se ha planteado la doctrina y la jurisprudencia españolas en lo que respecta a estas nuevas normas. Además, algunas reformas acontecidas en Alemania con posterioridad a 2006 y la aprobación del nuevo Tratado de Lisboa tienen —como veremos— mucho interés en este contexto. Precisamente Alemania, en Europa, y Estados Unidos, en el continente americano, son los modelos de referencia en los que no sólo la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, sino, y en lo que ahora nos interesa, los legisladores constitucionales se inspiran, con más o menos éxito, en no pocas ocasiones.<sup>1</sup>

En un esfuerzo de simplificación, y con meros efectos introductorios, podemos decir que todas las modificaciones y reformas apuntadas ofrecen como resultado un mayor abanico de competencias en manos de los entes subestatales, y muy especialmente destacan la aprobación de catálogos de derechos que gozan, como veremos, de una mayor o menor protección efectiva, según los casos. Por eso nuestro estudio se completa, junto con los Estados ya citados, con referencias a otros Estados federales donde existen Constituciones estatales que, con un mayor (caso de Suiza) o menor (caso de Austria) nivel de competencias asumidas por los entes territoriales, destacan por la característica de consagrar en su articulado catálogos más o menos amplios de derechos y principios.

## II. ¿CREACIÓN O REFORMA?

Nos hallaremos ante una reforma —independientemente del tipo de norma a la que nos refiramos— cuando los cambios se produzcan en aspectos que no impidan reconocer la continuidad y la identidad de la norma que ha sido reformada. La reforma trata de adaptar a la realidad fáctica la norma que se modifica, y se lleva a cabo para que esta norma perdure. Cuando los cambios producidos son de tal naturaleza que supongan una modificación del régimen jurídico que la norma regula, nos encontraremos ante la destrucción de la norma

<sup>1</sup> Sobre la imitación, sus tipos y sus posibles disfuncionalidades *cfr.* De Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, vol. 1, Milán, Padua, 2007, p. 25; Pegoraro, L. y Rinnella, A., *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, 2007, p. 94.

anterior y su sustitución por una nueva. La distinción no es baladí, pues hace referencia a que una y otra operación son, respectivamente, propias del Poder Constituyente (soberano), único legitimado para cambiar el régimen político-constitucional, por un lado, y los poderes constituidos (incluso poderes constituyentes-constituidos, como prefieren denominarlos algunos) que estarán, sí, legitimados para hacer los retoques que las circunstancias requieran para mantener el *espíritu* de la Constitución, pero nunca para alterar las decisiones políticas fundamentales por otro.<sup>2</sup>

Ahora bien, es evidente que lo expuesto en el párrafo anterior tiene sentido cuando hablamos únicamente de Constituciones nacionales, nunca para estatutos de autonomía, estatutos regionales, o Constituciones estatales, pues no existe, en su ámbito político, Poder Constituyente alguno.<sup>3</sup> Y hacemos esta afirmación, que puede resultar obvia, únicamente con la intención de concluir, por tanto, que por ser los poderes constituidos ontológicamente limitados, ya se trate de una modificación menor de las normas institucionales básicas de los entes subestatales, o ya se trate de modificaciones profundas que den lugar a un nuevo texto, habrá de seguirse, en todo caso, y a diferencia de lo que ocurre en el ámbito político del Poder Constituyente (véase nota *supra*), el procedimiento legal de reforma. Cuestión distinta será, por supuesto, evaluar si esta nueva norma es conforme, o no,

<sup>2</sup> Para profundizar sobre la diferencia entre creación y reforma —un tema que considero resuelto por la doctrina— remito al lector a los siguientes textos: Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, p. 119; De Vega, P., *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 158; Nogueira Alcalá, H., “Consideraciones sobre el Poder Constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y práctica constitucional”, *Ius et Praxis*, año 15, núm. 1, 2008, pp. 229-263, y sobre todo Ruipérez Alamillo, J., “Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales”, en Roura, S. y Tajadura, S. (dirs.), *La reforma constitucional*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, pp. 25-284.

<sup>3</sup> En las Constituciones de algunos de los Estados estudiados, como México (véase artículo 40, CPEUM) o Suiza (artículo 3, CS), se consideran “soberanos” a los estados y cantones que conforman la Federación. Esta definición, jurídicamente imprecisa, hace referencia a la circunstancia histórica de tratarse de Estados federales formados por integración de Estados antes soberanos, y para destacar, que en todo caso, son libres de darse una nueva Constitución sin intervención alguna de la Federación (a diferencia de lo que ocurre en España, Italia o Austria), con el único límite de no contradecir la Constitución federal.

a la Constitución. Y junto a ello, en una operación notoriamente más sensible, evaluar si entra dentro de los límites de la *mutación*.

Interesa esto sobremanera, porque si la mutación constitucional es un concepto fundamental para comprender la relación entre normatividad y normalidad constitucional (P. de Vega)<sup>4</sup> —o sea, un instrumento ideal para, dentro de sus límites, permitir la necesaria dinámica constitucional (J. Ruipérez)—,<sup>5</sup> lo cierto es que, como señalan estos mismos autores,<sup>6</sup> esta operación no puede poner en riesgo la naturaleza de la Constitución como norma jurídica superior, es decir, lo que no podrá hacer el máximo intérprete constitucional (teniendo en cuenta la necesaria autodisciplina judicial que debe guiar su labor) cuando interprete el texto constitucional, es ir abiertamente en contra del texto de la Constitución. Porque, por decirlo en palabras del profesor P. de Vega,<sup>7</sup> cuando el conflicto entre normatividad y realidad deja de ser latente y estalla, el principio de supremacía constitucional exige, o bien que la norma se adecue a la realidad mediante el mecanismo de reforma previsto, o bien que la norma se imponga, declarando contrarios a la misma los actos que la contravienen en sentido material. Esta sería la forma —añadimos nosotros— de ponderar el mencionado principio de autodisciplina judicial con el principio *pro actione* en los casos en que la supuesta mutación constitucional provenga de actos legislativos. Desgraciadamente, sentimos decir que no ha sido ésta la manera de proceder que ha tenido nuestro Tribunal Constitucional (TC) recientemente.

Y así, tenemos que decir que —con el debido respeto a la institución que tiene la responsabilidad de ejercer la más alta magistratura del Estado— discrepamos de algunas técnicas empleadas en las sentencias 247/2007 y 31/2010, relativas al Estatuto de la Comunidad Valenciana y al Estatuto de Cataluña respectivamente, para enjuiciar su constitucionalidad. Pues si ya cuando realizaba un comentario acerca de la primera de las sentencias mencionadas, criticaba el profesor R. Canosa que se había producido una sentencia interpretativa

<sup>4</sup> Cfr. Vega, P. de, *op. cit.*, pp. 208-215.

<sup>5</sup> Cfr. Ruipérez Alamillo, J., *op. cit.*, pp. 64-74.

<sup>6</sup> Cfr. Vega, P. de, *op. cit.*, pp. 214 y 215, y Ruipérez Alamillo, J., *op. cit.*, pp. 69 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. Vega, P. de, *op. cit.*, p. 215.

sin reflejo en el fallo,<sup>8</sup> tal proceder resulta apoteósico en la segunda. Y es que, aparte de coincidir con el magistrado R. Rodríguez en su voto particular a la sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana en que hubiese sido mucho más respetuoso con el legislador ordinario declarar inconstitucionales aquellos preceptos que no se ajustan en su literalidad a la Constitución, que hacer decir a aquellos lo que aparentemente no dicen, tampoco de esta manera —añadimos nosotros— se facilita, precisamente, la seguridad jurídica y el conocimiento del derecho por parte de los operadores jurídicos. Pero si esto era grave en aquella sentencia, donde ninguna de las novedades interpretativas que señala el profesor de la Universidad Complutense en el trabajo citado fue elevada a un fallo que se limita a desestimar el recurso, lo es mucho más en esta más reciente, pues en el párrafo 3o. del fallo, donde se establecen las interpretaciones conformes de determinados preceptos estatutarios, *no están todas las que son*. El magistrado J. Rodríguez-Zapata en su voto particular a la STC 31/2010 (párrafo 11) señala hasta cincuenta preceptos sometidos a una interpretación que no se refleja en la parte dispositiva. Y como dice en su voto particular a la misma sentencia el magistrado V. Conde: “salvar la constitucionalidad de una Ley recurrida, negando lo que la misma dice, sobre la base de hacerla (*sic*) decir lo que no dice, más que un error, supone, a mi juicio, simultáneamente un modo de abdicación de la estricta función jurisdiccional y de (*sic*) ejercicio de una potestad constitucional que al Tribunal no le corresponde”.

Por si esto fuera poco, detectamos nosotros, a lo largo de las 234 páginas que explican los fundamentos jurídicos, una serie de “huidas hacia adelante” (al menos, y en lo que no es una relación exhaustiva, en los fundamentos jurídicos 21, 28, 35, 63 y 64) consistentes en aplazar la decisión acerca de la constitucionalidad o no de algunos preceptos impugnados —incluso, aplazar también la decisión sobre la conveniencia de imponer una interpretación conforme, al igual que en otras partes de la sentencia—, hasta que los mismos sean desarrollados por el legislador ordinario. Qué duda cabe que ello dará lugar,

<sup>8</sup> Cfr. Canosa Usera, R., “Preparando una mutación constitucional. Comentario a la STC 247/2007, de 13 de diciembre”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, 2008, pp. 571 y ss.

y más cuando se tienen en cuenta los tiempos ordinarios que emplea este Tribunal en la resolución de recursos (hemos esperado cuatro años por la resolución del que nos estamos ocupando), a un aumento de la litigiosidad, siempre que operadores jurídicos de las distintas administraciones y hasta simples particulares entiendan que el desarrollo legislativo de los preceptos estatutarios parten de una interpretación del precepto contraria a la Constitución. Como dice el magistrado R. Rodríguez “lo que a mi juicio [y al nuestro] no es aceptable es dejar abierto todo... crear problemas o aplazarlos en lugar de resolverlos”.

Todo ello hace concluir al profesor R. Canosa que se ha operado una “mutación constitucional en toda regla”,<sup>9</sup> afirmación con la que —con el mayor de los respetos— discrepamos. Y ello porque, como venimos diciendo, la mutación constitucional que resulta admisible en un Estado constitucional de derecho tiene que ser un concepto muy *limitado*, a fin de no perjudicar la seguridad jurídica ni, lo que es más grave, usurpar los poderes establecidos, el papel que corresponde al Poder Constituyente soberano. Pues si la mutación constitucional puede derivar bien de prácticas políticas que no se oponen a la Constitución (ejemplo de la no reelección del presidente de los Estados Unidos por más de dos mandatos, antes incluso de que se opere la reforma del texto fundamental) o que se oponen frontalmente a ella por la fuerza de los hechos (imposibilidad práctica, en la política moderna, de la limitación de la actuación del Parlamento que supone el mandato imperativo), así como la imposibilidad del ejercicio de competencias atribuidas y, por último, la interpretación (sujeta a los límites de autodisciplina judicial para no convertir a su máximo intérprete en superlegislador),<sup>10</sup> ocurre que, por decirlo en palabras del profesor P. de Vega: “Repugna y es contraria a la estructura y los esquemas racionalizadores del Estado constitucional, la creación de mutaciones a través de actos normativos”.<sup>11</sup> Huelga decir que eso es, exactamente, lo que ha ocurrido en este caso. No es que el TC haya interpretado a la luz de los nuevos tiempos una norma redactada en un lenguaje que ya no se ajusta al actual, lo que podría ser perfectamente admisible según los esquemas que hemos trazado, sino que,

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 582.

<sup>10</sup> *Cfr.* Vega, P. de, *op. cit.*, pp. 185-190.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 194.



con la autoridad que le confiere la Constitución, lo que hace es avalar, en su práctica integridad, un acto normativo que suponía una modificación *sustancial* importante del régimen constitucional español, aunque para ello tuviera que enhebrar las tesis del contenido mínimo y el contenido posible de los estatutos de autonomía, la tesis de la “*desconstitucionalización*” (G. Fernández) de las competencias, entender los derechos estatutarios como simples mandatos al legislador, establecer una diferencia entre invalidez y eficacia de preceptos estatutarios que no respetan reservas constitucionales a favor de leyes orgánicas, aceptar (en contra de lo que había establecido su sentencia acerca de la LOAPA) que los estatutos de autonomía pueden contener normas que limiten a una sola las interpretaciones posibles de la Constitución, etcétera. Por todo ello, sentimos mucho tener que afirmar,<sup>12</sup> con el magistrado J. Rodríguez-Zapata, que más que de una mutación se trata de una *deconstrucción*.

A todo ello cabe añadir la cuestión referida al término “nación” y al término “derechos históricos” que contiene el Estatuto de Cataluña, y en un lenguaje similar, otros estatutos como el de Andalucía. Un análisis jurídico riguroso de la cuestión debe comenzar por preguntarnos acerca del valor jurídico de los preámbulos constitucionales.<sup>13</sup> La doctrina que más se ha ocupado del asunto se ha decantado

<sup>12</sup> Si el magistrado R. Rodríguez comenzaba su voto a la sentencia del estatuto de autonomía afirmando que era el voto que menos ha deseado tener que formular, tampoco a nosotros nos resulta grato lo que acabamos de decir, y asumimos, además, que podemos estar equivocados. Sin embargo, por lo demás, consideramos nuestro deber expresar con la mayor honradez las conclusiones de nuestro estudio.

<sup>13</sup> En la doctrina podemos encontrar tres posiciones distintas: radicalmente a favor del valor normativo pleno de los preámbulos, se encuentra el profesor M. Jiménez de Parga y Cabrera (véase Jiménez de Parga y Cabrera, M., *Vivir es arriesgarse: memorias de lo pasado y lo estudiado*, Madrid, Planeta, 2008, pp. 110-114). Es también la postura de un clásico como R. Smend. Otros (la mayoría, a juicio del profesor J. Tajadura) niegan el valor normativo del preámbulo (es el caso de Biscaretti di Rufia) y hasta su valor jurídico [cfr. Tajadura Tejada, J., *El preámbulo constitucional*, Granada, Comares, 1997, pp. 21 y ss.]. Él, como veremos inmediatamente, mantiene una posición intermedia. Mi opinión personal —aunque ésta poco importa— está más cerca de la primera de las posturas mencionadas. Si como afirma en su excelente trabajo el profesor navarro, los preámbulos son parte de la norma ¿porqué habrían de tener un valor distinto? Entiendo que la razón que le lleva a adoptar esta posición intermedia es el descubrimiento en el derecho comparado de Constituciones que no van precedidas de preámbulos y de otras cuyos preámbulos contienen, incluso (el caso de Polonia), expresiones

por una situación intermedia entre el reconocimiento de valor normativo pleno del preámbulo de las normas y —como muchos sostienen— la negación de toda virtualidad normativa. Así, afirma el profesor J. Tajadura, los preámbulos tienen un *valor normativo indirecto*,<sup>14</sup> lo que quiere decir que sus disposiciones son normativas sólo en la medida en que pueden intervenir en la determinación del significado de los preceptos del articulado. Aunque el mismo profesor matiza inmediatamente, siguiendo a Martín Casals, que el criterio interpretativo del preámbulo no es vinculante.<sup>15</sup>

Ahora bien, si los preámbulos de las leyes forman parte de la misma,<sup>16</sup> de modo y manera que pueden ser sometidos a enmienda parlamentaria, al igual que el resto del articulado y los estatutos de autonomía son (aunque no sólo)<sup>17</sup> una Ley Orgánica, creemos que el TC comete un error de técnica jurídica cuando aplica la doctrina jurisprudencial de las SSTC 36/1981, 150/1990, 212/1996, 173/1998 y 116/1999 en la ya mencionada STC 31/2010, acerca del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). Primero, porque, como se colige del tenor literal de los términos con los que se pronuncia en el fundamento jurídico 7,<sup>18</sup> confunde preámbulo y exposición de motivos,

de hostilidad hacia otras naciones. En mi humilde opinión —insisto— eso dará lugar, en aquellas Constituciones *democráticas* (el resto no son “Constituciones”) a problemas de interpretación hermenéutica o teleológica. Exceptuó los casos en que el propio constituyente niega su valor (Turquía). Desgraciadamente ni la mayoría de la doctrina ni la mayoría de la jurisprudencia lo entienden así en ningún país de nuestro entorno (excepto Francia). Pero yo pregunto, ¿qué principio del preámbulo de una Constitución moderna, como la española (libertad, justicia, seguridad, convivencia democrática, Estado de derecho, cultura y paz internacional), no debe ser directamente aplicado?

<sup>14</sup> Cfr. Tajadura Tejada, J., *op. cit.*, pp. 26 y ss. La cursiva es mía.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 12 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. Carrillo, M., “Los derechos, un contenido constitucional de los estatutos de autonomía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, mayo-agosto de 2007, pp. 51-53. El propio Tribunal Constitucional lo reconoce en su STC 14/1982.

<sup>18</sup> “La carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico, del mismo modo que la imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad no supone que los preámbulos sean inaccesibles a un pronunciamiento de nuestra jurisdicción en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa... *Nuestro proceder en la citada STC 36/1981 es consecuencia de la naturaleza de los preámbulos y exposiciones de las leyes*, que sin prescribir efectos jurídicos obligados y carecer, por ello, del valor preceptivo propio

con lo que ya difícilmente podía llegar a una conclusión acertada sobre la naturaleza de los textos preambulares, pues como acabamos de decir, el preámbulo es parte de la norma, sometido por completo a tramitación parlamentaria, mientras que la exposición de motivos es una comunicación del proponente al órgano legislativo en el que explica las razones por las que tal norma resulta necesaria. Y así —en segundo lugar—, si a nuestro juicio, con razón acierta cuando en un primer momento no declara inconstitucionales y nulas estas expresiones en el preámbulo, a la espera de contrastarla con el tenor literal del articulado, y sentenciar entonces su adecuación o no a la Constitución, se equivoca cuando, en un segundo giro de tuerca, al examinar en el fundamento jurídico 12, artículo 8, EAC, y estudiar si el preámbulo puede servir para una interpretación constitucional del mismo, considera que, porque la Constitución no conoce más nación que la española, los términos “nación” y “realidad nacional” carecen de eficacia jurídica interpretativa, y así lo dispone en el fallo. A nuestro juicio, una vez realizada la operación de intentar interpretar el precepto en cuestión de acuerdo con el preámbulo y comprobar que, haciéndolo así, deriva una antinomia con la Constitución, la única solución racionalmente válida debe ser declarar inconstitucionales y nulos dichos términos, que deberán desaparecer del texto.

Porque al mantener el texto preambular, resulta incólume su valor político. Más concretamente, su valor como *techo ideológico*.<sup>19</sup> Es evidente que el TC no puede juzgar las legítimas opciones políticas que, siempre por medios democráticos, pueden reivindicar sus aspiraciones, aunque estas sean contrarias a la Constitución (en cuyo caso tendrán que aspirar precisamente a su reforma). Cosa distinta es que en el preámbulo —insistimos, parte integrante de la norma, a diferencia de las exposiciones de motivos— se proclamen solemnemente opciones ideológicas que, como bien afirma el Tribunal, no caben en la

de las normas de derecho, tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas... El valor jurídico de los preámbulos de las leyes se agota, por tanto, en su cualificada condición como criterio hermenéutico... En lo que hace al preámbulo de un estatuto de autonomía, es evidente que su condición de interpretación cualificada nunca podrá imponerse a la que, con carácter privativo y excluyente y con verdadero alcance normativo, sólo puede predicarse de la autoridad interpretativa de este tribunal” (las cursivas son mías).

<sup>19</sup> Cfr. Tajadura Tejada, J., *op. cit.*, p. 63.

Constitución. Las proclamas ideológicas contrarias a la Constitución —por legítimas que sean— no caben dentro de la norma jurídica (aunque sea en su preámbulo).

En conclusión, porque los estatutos de autonomía aprobados en España después de 2006 contienen una serie de novedades radicales que destruyen (porque son actos normativos) la Constitución, y por el valor político de los términos contenidos en su preámbulo, y amparados por el TC, afirmamos que nos hallamos ante normas nuevas y no ante una mera reforma de las anteriores.

### III. LA FORMA DE ESTADO FEDERAL (MACROCOMPARACIÓN)

Llegados a este punto, el lector podrá recriminarnos no haber atendido la exigencia que desprende el título de este trabajo, es decir, hacer *derecho comparado*. Y es verdad que hasta ahora hemos hablado sólo de España, pero esperamos que de la lectura de este epígrafe y el siguiente se comprenda la razón, que no es otra, pensamos, de que en España se dan unas especiales dificultades que no tienen lugar en los otros Estados objeto de nuestro estudio.<sup>20</sup> En todo caso comenzamos ya, sin más demora, nuestro estudio comparado, justificando, antes que nada, la elección de los ordenamientos elegidos.

Señala la mejor doctrina<sup>21</sup> que la elección de los ordenamientos debe responder a un doble criterio de *homogeneidad y alteridad*.<sup>22</sup> La ho-

<sup>20</sup> Somos conscientes de que una de las mayores dificultades para el comparatista es superar el hecho de que conoce su propio ordenamiento mucho mejor que los demás, lo que le puede llevar a idealizarlo, desvirtuando los ordenamientos foráneos o viceversa (*cf.* Morán García, G., “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, núm. 6, p. 525).

<sup>21</sup> *Cfr.* Pegoraro, L. y Rinella, A., *op. cit.*, pp. 58-63.

<sup>22</sup> En realidad, como se encargan de señalar los profesores L. Pegoraro y A. Rinella (*op. cit.*, p. 58), no es que la falta de homogeneidad impida la labor comparatística, sino que, en este caso, se requiere un esfuerzo mayor para obtener conclusiones que sean pertinentes. Utilizando un ejemplo de ellos, podemos decir que puede tener sentido comparar al *ombudsman* sueco con el defensor del pueblo, español, pero sólo forzando los argumentos podrá comparar estas instituciones con la Procuratura soviética. En general —nos atrevemos a decir nosotros— la comparación se vuelve, cuando

mogeneidad es un requisito imprescindible para construir modelos que agrupen a los ordenamientos elegidos en distintas categorías teóricas. De la alteridad surge el necesario *diálogo*<sup>23</sup> entre ordenamientos jurídicos, del cual se pueden extraer las pertinentes conclusiones y propuestas.

Al tratarse, el nuestro, de un trabajo que pretende comparar los nuevos estatutos de autonomía, estatutos regionales, o Constituciones estatales, de España, Italia y México respectivamente, con las realidades ya existentes en Alemania, Suiza, Austria y Estados Unidos, la homogeneidad sobre la que nos interesa apoyar nuestro estudio es la que resulta de verificar que todos ellos son *Estados federales*, o si se prefiere *políticamente descentralizados*, teniendo en cuenta, en todo caso, que se tratan también de Estados absolutamente democráticos.<sup>24</sup>

Pero es claro que la doctrina no acepta unánimemente el empleo del término federal para el caso de España e Italia. Esto no es algo que nos deba sorprender, pues los conceptos del derecho constitucional *evolucionan* para adaptarse a las nuevas realidades jurídico-políticas, y así, al igual que como nos recuerda Georg Jellinek, en su *Teoría general del Estado*, tampoco fue pacífica entre la doctrina la consideración de Alemania y Suiza como Estados federales,<sup>25</sup> es normal que existan hoy en día discrepancias en la doctrina, acerca de si estos Estados deben figurar o no como tipos especiales de la *familia* federal. Huelga decir que ni, por supuesto, nosotros ni tampoco la doctrina en la que nos apoyamos —por autorizada que sea— tenemos la verdad absoluta, y por eso vamos, a continuación, a exponer las razones por las que *nosotros* los incluimos, a fin de que el resultado de nuestras investigaciones puedan ser empleados por otros científicos

menos, difícil, en el caso en que comparamos sociedades demasiado diversas, y que, por lo tanto, tienen ordenamientos jurídicos incommensurables.

<sup>23</sup> Cfr. Pegoraro, L. y Rinella, A., *op. cit.*, p. VIII.

<sup>24</sup> Existe una tendencia errónea a asimilar democracia y federalismo (cfr. Ruipérez Alamillo, J., “La gran cuestión. En torno a la demandada teoría constitucional del estado de las autonomías, y algunos problemas para su formulación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número conmemorativo por el sexagésimo aniversario, pp. 1051 y ss.). De hecho, este año se debatirá en el Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (mesa 8), que comienza el 9 de diciembre en México, si el federalismo es, o no, un principio de derecho constitucional.

<sup>25</sup> Cfr. Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, trad. de F. de los Ríos, Granada, Comares, 2002, p. 36.

del derecho, aunque no compartan nuestro método ni nuestra terminología.<sup>26</sup>

Nosotros proponemos, por las razones expuestas, una simple clasificación de los tipos de Estado según su forma política, que distinga entre Estados federales, por un lado, y Estados unitarios (a los que habría que añadir aquellos con mayor o menor grado de descentralización administrativa), por otro.<sup>27</sup> Ahora bien, y en relación con esta cuestión, hay dos formas de aproximarse al federalismo: o bien se adopta el planteamiento “estático” de Kelsen, o bien se entiende el federalismo no como una serie de instituciones, sino como *un proceso* (Friedrich).<sup>28</sup> Entendiéndolo así, es obvio, como señala el profesor J. Ruipérez, que no se podrá, como hacen muchos, sostener la dicotomía Estado federal/Estado regional o autonómico con base en un criterio, por lo demás —a nuestro juicio— difícilmente justificable científicamente (por cuanto que estos Estados han alcanzado, en algún caso, mayores competencias que los clásicamente llamados federales), como es el de su historia política, diferenciando si tiene origen en una serie de Estados antes soberanos o en un único Estado unitario con vocación de descentralizarse (como lo eran España e Italia en

<sup>26</sup> Decía Heller que “quien se haya dado cuenta exacta del método que sigue y haya comprendido por qué su antagonista científico hubo de llegar, por otro camino, a resultados distintos, podrá afirmar, de modo definitivo, que la oposición radica en los supuestos y, con ello, renunciará cuando trate de cada cuestión, a citar las opiniones discordantes en notas profusas, algo que constituye algo más que una falta de buen gusto en la ciencia alemana. Cuando, en cambio, se discute partiendo de los mismos o análogos supuestos metódicos, la metodología permite, evidentemente, llevar a cabo una crítica y un control inmanentes y llegar a una solución lógica en un caso controvertido” (cfr. Heller, H., *Teoría del Estado*, ed. y pról. de G. Niemeyer, México, FCE, 1942); a lo que añadimos que exponiendo esta metodología y mostrando abiertamente la estructura de nuestro razonamiento, podemos intentar superar la supuesta incommensurabilidad de los paradigmas de los que hablaba Kuhn.

<sup>27</sup> Esta es, por citar sólo dos ejemplos bien representativos de la doctrina española e italiana, la metodología empleada por mi maestro, desde que escribió *La protección constitucional de la autonomía* (Madrid, Tecnos, 1994), y por A. Reposo, (*Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Torino, Giappichelli, 2005), aunque éste los agrupa bajo el nombre “Estado autonómico”, por entender que la palabra “Estado descentralizado” da lugar a equívocos.

<sup>28</sup> Cfr., por todos, La Pérgola, A., “Sguardo sul federalismo e i suoi dintorni (un famoso dicotomia: ‘stato federale-confederazione’). La Confederazione di tipo antico e moderno. L’idea europeistica di comunità”, *Diritto e Società*, 1992 (3), pp. 514 y 515.

1978 y 1947, respectivamente).<sup>29</sup> Será menester, más bien —a juicio de la mejor doctrina comparatista y que compartimos plenamente—, dividir la categoría genérica “Estado federal” entre países de “federalismo agregativo” y “federalismo disgregativo”.<sup>30</sup>

Afirma el profesor L. Pegoraro que: “[en la actualidad] entra en crisis, la definición misma de ‘Estado federal’, con la cual no puede definirse más un ‘Estado de estados’ provisto de soberanía interna y externa, si no un *ordenamiento ampliamente descentralizado*”.<sup>31</sup> Y añade —siguiendo al profesor A. Reposo— que la única diferencia *cualitativa* entre Estado federal y regional sea, quizás, la participación de los entes federados en el proceso de revisión constitucional.<sup>32</sup> Éste es, por cierto, un planteamiento ampliamente aceptado por la doctrina. Sin embargo —a nuestro humilde parecer—, tal afirmación, ausente de mayores matices, ignora una distinción fundamental entre revisión y destrucción de la Constitución (véase *supra* nota 2). Lo importante es

<sup>29</sup> Cfr. Ruipérez Alamillo, J. “La gran cuestión...”, *cit.*, pp. 1031 y ss.

<sup>30</sup> Cfr., por todos, De Vergottini, G., *op. cit.*, pp. 391 y 392. Procediendo así, creemos que podemos afirmar lo siguiente: siendo todos los Estados que hemos mencionado, a nuestro juicio, federales, pues atienden a los elementos determinantes que, según el profesor L. Pegoraro, hay que tener en cuenta para la construcción de estos modelos (cfr. Pegoraro, L., “El modelo de Estado en la perspectiva del derecho comparado”, en Álvarez Conde, E., *El futuro del modelo de Estado*, Madrid, INAP, 2007, pp. 65-81), en todos ellos hay raíces históricas que justifican la descentralización, minorías lingüísticas o étnicas, dos entes políticos diferenciados que permiten distinguir un centro y una periferia, un reparto competencial de funciones (que en algunos casos es más descentralizado en aquellos países que se duda que lo sean), un nivel mayor o menor de autonomía financiera y un sistema electoral propio. Sin embargo, mientras en los Estados federales agregativos encontramos a menudo un *modelo cerrado* o pacífico de descentralización (que da lugar a los que muchos llaman federalismo cooperativo), en el otro encontramos, sin embargo, por tratarse de Estados unitarios con vocación de descentralizarse, que hay una pugna constante entre el centro y la periferia (lo que algunos llaman “federalismo competitivo”). Y del mismo modo, en esta clasificación quedaría incluida la diferencia que algunos han establecido entre “federalismo simétrico” (los primeros) y “asimétrico” (los segundos).

<sup>31</sup> Cfr. Pegoraro, L., *La Costituzione brasiliana di 1998*, Bolonia, CCSDD, 2008, p. 30. La cursiva y la traducción son nuestras, por lo que aconsejamos confrontar el original. Reposo, A., *op. cit.*, pp. 41-49. Incluso, podría ser mejor afirmar, como hace R. Blanco Valdés, que “el federalismo no existe”, y que lo que queda, por tanto, es reconocer distintos tipos de federalismo allí donde encontremos una división del poder político sobre el territorio (cfr. Blanco Valdés, R., “La Spagna, el federalismo e Godot”, *Politica del Diritto*, 2006 (2), pp. 321-336).

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 33, y, sobre todo, Reposo, A., *op. cit.*, pp. 101 y ss., en concreto p. 108.

tener en cuenta que, si la razón por la que se sostiene esto, es que no parece lógico considerar Estado federal a un Estado en donde desde los órganos centrales se pueda hacer desaparecer la autonomía política de los entes federados; en primer lugar, no se trataría de una simple revisión constitucional (pues es fácil comprender que una España o Italia unitarias no serían las mismas que vieron la luz tras las Constituciones de 1978 y 1947, respectivamente), y en segundo lugar, que sólo aquel entrañable, positivista y esperpéntico jurista persa, que hizo famoso P. Cruz,<sup>33</sup> puede creer, en atención a la realidad jurídico-política de estos Estados, que desde Madrid y Roma se podría orquestar una modificación de la Constitución (por más que la Constitución Española de 1978 (CE) prevea, en su artículo 168, la “reforma total”, y la Constitución italiana (CI) sólo haga recaer la cláusula de intangibilidad sobre la forma republicana de Estado, en su artículo 139) que implique la vuelta a un Estado unitario.<sup>34</sup>

Vamos a continuación a dar una definición —teniendo en cuenta todo lo anterior— de lo que se debería entender, a nuestro juicio, y en una perspectiva comparada, por Estado federal. Este sería, de acuerdo con la mejor doctrina: *aquel Estado que en su Constitución consagra el principio de autonomía y una serie de caracteres estructurales básicos como son la existencia de un Senado como cámara de representación territorial y una distribución de competencias entre la Federación y los entes federados que viene asegurada por el principio de rigidez y supremacía constitucional*.<sup>35</sup> Precizando un poco más, podemos caracterizar los elementos del tipo Estado federal en:

- Dos niveles de gobierno, actuando cada uno de ellos directamente sobre los ciudadanos.

<sup>33</sup> Cruz Villalón, P., “La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa”, *La curiosidad del jurista persa, y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999 —originariamente, 1982—, pp. 381-394.

<sup>34</sup> Si de lo que se trata es, como afirmó ya en 1939 G. Lucatello (*cf.* Lucatello, G., *Lo Stato Federale*, Padua, Cedam, 1967, p. 188), de que los entes federados participen del poder constituyente de la Federación, creemos, desde una perspectiva antiformalista del derecho, que esa circunstancia se da en España e Italia.

<sup>35</sup> *Cf.* Ruipérez Alamillo, J., *La Constitución del Estado de las autonomías*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2003, pp. 228 y ss.



- Una división constitucional formal de poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y una asignación de ingresos y recursos entre los dos niveles de gobierno, garantizando algunas áreas de genuina autonomía para cada nivel de gobierno.

- Disposiciones para integrar la representación de los distintos entes regionales en la elaboración de políticas de las instituciones federales, normalmente prevista a través de una forma particular de segunda cámara federal.

- Una suprema Constitución escrita no reformable unilateralmente, y que requiere para su reforma el consentimiento de la mayoría de las unidades constituidas o de sus representantes en la segunda cámara [la cursiva es mía].

- Un árbitro (en la forma de corte de justicia o previsión de referéndum) para mediar en las disputas entre los gobiernos.

- Procedimientos e instituciones para facilitar la colaboración intergubernamental en los ámbitos donde comparten responsabilidad gubernamental o donde las responsabilidades inevitablemente se solapan.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Cfr. Schneider, H.-P., “Unitary and Federal States: Historical and Political Perspectives”, en Ferrer McGregor, E. y Zaldívar Lelo de Lárrea, A., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. XI, México, Marcial Pons, 2008, pp. 229-245, 231. Como la cita es larga, he decidido traducirla, por esto recomendamos, para un mayor rigor, la consulta de la versión original en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2563/15.pdf>. Esta clasificación está tomada, con pequeñas modificaciones, de las construcciones que con anterioridad habían ya expuesto grandes expertos del federalismo como R. Watts (cfr. Watts, R. L., *Sistemas federales comparados*, trad. de Esther Seijas, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 106) y D. Elazar (Elazar, D. J., *Exploración del federalismo*, trad. de Josep Ma. Sole Alseda, Barcelona, Hacer, 1990, p. 201). Esta clasificación —qué duda cabe— podrá no considerarse “definitiva”, y es más, teniendo en cuenta que los tipos evolucionan no debe considerarse tal, otros académicos pueden seguir otras y llegar a conclusiones diversas, por eso es menester recordar aquí que se trata simplemente de una cuestión nominal, que políticamente puede tener consecuencias, pero que éstas deben quedar al margen de la doctrina. Es más, todavía el profesor A. Reposo nos ofrece una clasificación aún más simplificada de lo que el llama “Estado autonómico” (que ya hemos dicho que incluye al Estado federal y al Estado regional). Para él, éste se compondría simplemente de: a) La existencia de distintos niveles de gobierno, b) Una división de competencias en tres órdenes, y c) Una Constitución escrita y rígida (cfr. Reposo, A., *op. cit.*, p. 91. Incluso hay quien reduce la categoría de federal simplemente a: a) Que sea un Estado compuesto de distintas organizaciones territoriales, y b) Que éstas tengan autonomía política (cfr. Pérez Calvo, A., *El Estado constitucional español*, Madrid, Reus, 2009, pp. 137 y 138). Este autor considera además, explícitamente, dudosa la supuesta distinción Estado federal-Estado regional. Qué du-

Si repasamos una a una las características antes mencionadas: a) Se verifica en España dos niveles de gobierno que actúan directamente sobre los ciudadanos, pues como dice el profesor M. Aragón: “[España] se trata de un Estado políticamente descentralizado, esto es, una especie singular dentro del género ‘Estado compuesto’”.<sup>37</sup> Así pues, cada comunidad autónoma cuenta con un Ejecutivo y un Legislativo dotados de autonomía política. b) Se verifica también, como es fácil comprobar, la segunda de las características que apunta el profesor alemán, es decir, una división formal de poderes; si bien hay un elemento problemático. Siguiendo de nuevo al magistrado del TC, podemos decir: “Esa descentralización política... ha alcanzado un nivel equiparable al máximo que sólo tienen algunos Estados federales. La descentralización, en cambio, *no alcanza al Poder Judicial*”<sup>38</sup> [la cursiva es mía]. Efectivamente, no hay Poder Judicial en las comunidades autónomas, pero lo que sí hay, qué duda cabe, es división de poderes, asegurada por un estricto régimen de incompatibilidades. Obsérvese que el profesor de la Universidad de Hannover estipula que exista división de poderes, y no descentralización. Por otra parte, tampoco la descentralización política abarca al Poder Judicial en Austria, Estado que se autodefine, y la doctrina lo acepta pacíficamente como Estado federal. c) La rigidez de la Constitución Española viene asegurada por el título X, que establece un procedimiento de reforma más agravado y difícil que el previsto para las leyes ordinarias (artículo 167), y un procedimiento mucho más complejo y difícil (artículo 168) para algunas materias específicas. En ambos casos, y esto es lo importante, se requiere la voluntad del Senado, que, tal y como reza el artículo 69.1, CE, es *cámara de representación territorial*. d) El TC, según establece el artículo 161, CE, es el árbitro al que se refiere el profesor H.-P. Schneider para mediar en los conflictos que se

da cabe que lo importante no es establecer qué autor tiene “razón” o “más razón”, puesto que estas son categorías convencionales. Se trata tan sólo de mostrar una “tendencia” en la doctrina, pues de lo contrario, bien haría aquel que nos criticase, diciendo que hemos escogido aquel autor o autores que nos permitían encajar nuestros objetos de estudio en su teoría.

<sup>37</sup> Cfr. Aragón Reyes, M., “La construcción del Estado autonómico”, en Ferrer McGregor, E. y Zaldívar Lelo de Lárrea, A., *op. cit.*, t. XI, México, Marcial Pons, 2008, pp. 183-208, 199.

<sup>38</sup> *Idem.*

susciten entre el Gobierno y las comunidades autónomas o de éstas entre sí. e) Por último, existen procedimientos e instituciones de colaboración intergubernamental, formales e informales, encontrándose entre los primeros, por ejemplo, sin ir más lejos, el Fondo de Compensación Territorial previsto en el artículo 158, CE, similar al *fondo perequativo* introducido en 2001 en el artículo 119, CI, y, en un nivel infraconstitucional, en los nuevos estatutos de autonomía se establecen mecanismos de colaboración tanto bilateral como multilateral, tanto en materia financiera como en otros aspectos.<sup>39</sup> Entre los segundos, de reciente creación, la Conferencia de Presidentes, a la que se invita al presidente del Gobierno.<sup>40</sup> Debe tenerse presente, sin embargo, que en el momento de elaborarse la Constitución, España era un Estado unitario, con voluntad de descentralizarse, por lo que de alguna forma podemos decir que el federalismo se ha ido construyendo poco a poco. Por otra parte, las distintas posiciones, irreconciliables, acerca de la organización territorial del Estado, dieron lugar a una serie de problemas y vacilaciones que hacen de España un Estado cuyo modelo territorial es muy difícil de entender. Algunas de estas dificultades las señala el profesor M. Aragón en el texto citado. La primera es que la descentralización general y simétrica tiene excepciones en los territorios de Ceuta y Melilla, y en algunos “hechos diferenciales”; en segundo lugar, el sistema de distribución de competencias, uno de los más difíciles de derecho comparado, ha sido completado (hasta recientemente destruido, como veremos, nos permitimos añadir nosotros) por el TC; y por último, la articulación jurídica de la estructura territorial del Estado no se contempla únicamente en la Constitución, sino en los diecisiete estatutos de autonomía.

<sup>39</sup> Véase Balaguer Callejón, F., “Lo Stato Autonomico Spagnolo: La Staggione delle Riforme”, trad. del castellano de Angelo Schillaci, en D’Antena, A., *I Cantieri del federalismo in Europa*, Milán, Giuffrè, 2008, p. 363 (hemos usado este texto, cuando existe una versión original en castellano, porque en éste, posterior, el autor incluía algunas novedades), y arts. 219.2, EAA; 175.2, EAC; 117, EAB; 88.6, EAAR, y 57.2, EACL.

<sup>40</sup> Sobre la Conferencia de Presidentes, y en profundidad: Tajadura Tejada, J., “La Conferencia de Presidentes”, en varios autores, *La cooperación intergubernamental en los Estados compuestos*, Barcelona, Institut d’Estudis Autònoms, 2006, pp. 115-168, y también, Aja, E., “La Conferencia de Presidentes en el Estado autonómico”, en varios autores, *Constitución, Estado de las autonomías y justicia constitucional (libro homenaje al profesor Gurmésindo Trujillo)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 823-840.

Lo dicho para España —creemos— tampoco será muy difícil de verificar para el caso de Italia. Así pues, no puede caber duda de que cuenta con un Senado, que además, según reza el artículo 57 de la Constitución de 1948, “es elegido en base regional”, y que esta cámara juega (a diferencia de España, donde el artículo 167 confiere cierta preeminencia al Congreso de los Diputados en materia de reforma constitucional) el mismo papel que la Cámara de los Diputados a la hora de aprobar una ley de reforma constitucional.<sup>41</sup> Tampoco puede caber duda, a la vista del 117 de la carta fundamental, después de la redacción adoptada por la reforma operada con la Ley Constitucional 3/2001, que existen dos instancias políticas en la toma de decisiones, y que cada una de éstas (el Estado y las regiones) tienen delimitado un marco competencial propio que, en caso de con-

<sup>41</sup> Nos formulamos ahora una pregunta: ¿tienen España e Italia un Senado, entendiendo a éste como una Cámara de Representación Territorial? La respuesta no es tan fácil como pudiera parecer. Por un lado, están las solemnes afirmaciones de los artículos 69.1, CE, y 57, CI, que parecerían conducirnos a un indudable sí. Sin embargo, la doctrina demuestra cómo esta afirmación resulta cuando menos dudosa (para el caso de España, donde la bibliografía es cuantiosa, *cfr.*, por todos, y sólo para una primera aproximación: Calzada Conde, R. y Ruipérez Alamillo, J., “El Senado español: ¿auténtica cámara de representación territorial?”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 6, 1988, pp. 123-131; Roura Gómez, S., “La reforma constitucional del Senado en la VIII Legislatura”, en *id.* y Tajadura Tejada, J., *op. cit.*, pp. 337-364; así como la *Revista TRC*, núm. 17, 2006). Dudas similares se presentan en Italia, donde, por ejemplo, el 20 de febrero de 2003 se celebraba un Congreso en Roma con esta temática (cuyas actas pueden consultarse en varios autores, *Un senato delle autonomie per l’Italia federale*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2003). Lo cierto es que ambos senados intentan compaginar los dos modelos de Senado (como Cámara de Representación Territorial, propia de los Estados Unidos y Alemania, aunque su modo de elección y tipo de mandato sean antitéticos; y como Cámara de segunda lectura, como lo es la Cámara de los Lores o el Senado de Francia y Chile, entre otros), pero de acuerdo con nuestra metodología, inspiración de C. Fiedrich, según la cual entendemos el federalismo como un proceso, y atendemos a las últimas reformas legislativas y constitucionales en España e Italia sobre el funcionamiento, la naturaleza y representación de este órgano respectivamente (*cfr.*, en el caso de Italia, a Reposo, A., *op. cit.*, p. 110, sobre las reformas introducidas por la Ley Constitucional 3/2001, y piénsese, en el caso de España, en la modificación en la forma de elegir a los magistrados del TC que propone este órgano, y que sea éste el foro que alberga la “Conferencia de Presidentes” (aunque no haya habido cambios formales en la Constitución)), se comprenderá por qué sí creemos que ambos Estados cumplen el requisito de un Senado como Cámara de Representación Territorial; algo que quedará todavía más claro en los próximos años.

flicto, pueden defender delante de la Corte Constitucional (artículo 134, CI, comma 3). Para terminar, al margen del ya mencionado *fondo perequativo* del artículo 119, CI, el último inciso del artículo 117, CI, establece la posibilidad de que en los ámbitos de su competencia (aquellos que dicho artículo no menciona o establece como competencias compartidas) puedan el Estado y las regiones, o éstas, entre ellas, suscribir acuerdos,<sup>42</sup> y a nivel administrativo (Decreto del 12 de octubre de 1983) se estableció la Conferencia Estado-Regiones, para una colaboración entre ambos entes políticos, a la cual se fue dotando por ley de mayores competencias.<sup>43</sup>

Pocas dudas pueden caber, entonces, de que procede la comparación entre los países seleccionados, por poder ser considerados todos como “federales”. Sin embargo, para los más escépticos, aún es menester que nos enfrentemos a dos últimas objeciones que a menudo se presentan para considerarlos como tales. La primera de ellas es la objeción según la cual no puede considerarse federal al llamado Estado autonómico (España) y al llamado Estado regional (Italia) por la existencia, en uno, del principio dispositivo, y en otro, de dos tipos de regiones constitucionalmente diferenciadas.<sup>44</sup> Tampoco parece que tengan, al menos en la actualidad, fundamento alguno, pues, como señala la mejor doctrina, una vez que en España se alcanzó, en 1992, el mismo techo competencial para todas las comunidades autónomas, el principio dispositivo quedó enterrado (al menos hasta que el TC, como acabamos de ver más arriba, lo desenterrase volviendo a sembrar la desigualdad entre comunidades autónomas).<sup>45</sup> En Italia la cuestión es mucho más compleja, pues tras la reforma de 2001 se da una esquizofrenia entre la teoría, según la cual las regiones de es-

<sup>42</sup> Y desarrollado por la Ley 5/2009.

<sup>43</sup> Una información completa sobre la Conferenze Stato-Regioni se puede encontrar en la siguiente página web oficial del gobierno de Italia: <http://www.statoregioni.it>.

<sup>44</sup> Aquí sólo haremos un apunte, pero a quien quiera abordar esta cuestión de una manera mucho más amplia y sistemática de lo que podemos hacer ahora nosotros, lo remitimos a Ruipérez Alamillo, J., “Estudio preliminar”, en Roura Gómez, S. y Tajadura Tejada, J., *Código de derecho constitucional autonómico*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004.

<sup>45</sup> *Cf.* Pérez Royo, J., “La reforma del Estado autonómico”, en Ferrer McGregor, E. y Zaldívar Lelo de Lárrea, A., *op. cit.*, t. XI, México, Marcial Pons, 2008, pp. 209-228, concretamente p. 226.

tatuto especial debían gozar de una mayor autonomía, y la práctica, en que ocurre todo lo contrario.<sup>46</sup> Lo que ha ocurrido es que, al reformarse el reparto de competencias de forma que ahora las regiones gozan de una facultad legislativa general sobre cualquier materia que no esté expresamente atribuida al Estado por la Constitución, se modifica por completo el significado de región de estatuto ordinario y de estatuto especial anterior a 2001, y que consistía en que mientras las primeras únicamente podían asumir las competencias que taxativamente marcaba la Constitución, las segundas (por eso su estatuto era aprobado por Ley Constitucional) fijaban en el mismo su propia competencia. Además, tras la mencionada reforma, las regiones de estatuto ordinario pueden adaptarlo sin intervención (como antaño) del Parlamento nacional.<sup>47</sup> Por eso mismo, la Ley 3/2001 establecía la “cláusula equiparatoria” del artículo 10, para extender a las regiones de estatuto especial las previsiones que incorporaba para la ordinaria.<sup>48</sup> A mayores razones, el párrafo 3o. del artículo 116 ha establecido lo que la doctrina llama “regionalismo diferenciado”, y que consiste, en suma síntesis, en la posibilidad de que mediante un pacto entre el Estado y la Región se transfieran determinadas competencias. Como se puede apreciar, de todo ello resulta un embrollo difícil de clarificar, pero lo que parece poder afirmarse es —primero— que las diferencias entre las regiones de autonomía ordinaria y especial tienden a desaparecer (A. Ruggeri), y que si es verdad, como sostiene el profesor R. Scarciglia, que este “regionalismo diferenciado” está inspirado en la Constitución Española de 1978,<sup>49</sup> igualmente deberá

<sup>46</sup> A este respecto, se puede ver un interesante artículo titulado “Reformas constitucionales y descentralización de poderes a las autonomías territoriales de Italia desde el punto de vista de la teoría de la Constitución”, publicado en [http://www.centrodeestudiosandaluces.es/datos/factoriaideas/ponencia\\_reformas\\_constitucionales\\_descentralizacion.pdf](http://www.centrodeestudiosandaluces.es/datos/factoriaideas/ponencia_reformas_constitucionales_descentralizacion.pdf).

<sup>47</sup> Cfr., sobre las repercusiones de esto, Carrillo, M., “Nota sobre la frustrada reforma constitucional italiana de 2006”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, p. 216.

<sup>48</sup> Sin embargo, hay dudas de difícil solución en cuanto a temas de equilibrio entre las regiones de autonomía especial y los entes locales. Véase, a este respecto, la breve nota de D’Antena, A., “Le regioni speciali e i ‘loro’ enti locali dopo la riforma del titolo V”, en Ferrara, G., *Studi in onore de G. Ferrara*, vol. 2, Turín, Giapichelli, 2005, pp. 147-152.

<sup>49</sup> Cfr. Scarciglia, R., “La forma di stato decentrato”, en varios autores, *Diritto costituzionale e pubblico*, Turín, Giapichelli, 2009, p. 224.

ocurrir, con el tiempo, que se consuma la tendencia a la equiparación competencial de todos los entes subestatales. Parece ser, como señala la profesora E. Castelani en un trabajo de reciente publicación, que ya hay alguna propuesta de reforma en este sentido.<sup>50</sup>

Por brevedad, no agotaremos al lector verificando los elementos que hemos considerado caracterizadores de un Estado federal con los demás países, objeto de nuestro estudio, por la sencilla razón de que pacíficamente son considerados tales por la doctrina. Nosotros hablaremos de España, Italia y México, donde como ya hemos dicho se han producido reformas en un sentido similar en la última década, comparándolos con otros Estados (como Estados Unidos, Alemania, Suiza y Austria) que acumulan una experiencia más o menos larga al respecto, intentando demostrar, como ya anunciamos, que la imitación o trasposición de instituciones y modelos que funcionan en otros países, producen distorsiones al ser traspuestos sin más a otros Estados.<sup>51</sup>

Pues bien, hasta ahora hemos hablado de los elementos de homogeneidad entre los países, objetos de comparación. Procede ahora que analicemos, en una perspectiva “micro-” —y conforme a una idea de K. Hesse, quien en su obra *El Estado unitario federal* (1962) afirmaba que para lograr un conocimiento de los Estados federales es necesario analizar no sólo las cuestiones de derecho constitucional general y

<sup>50</sup> Cfr. Castelani, E., “La reforma de los estatutos en las regiones italianas”, trad. de Giovani A. Figueroa Mejía, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151, enero-marzo de 2011, p. 314.

<sup>51</sup> Excluimos en este caso a Canadá, aunque el tema de la protección de los derechos fundamentales a nivel federal y regional también resulta interesante en el ámbito académico (véase, por ejemplo, Woebing, J., “Superposición y complementariedad de los instrumentos nacionales y provinciales de protección de los derechos del hombre en Canada”, en Aparicio, Ma. (ed.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 65-100), porque la protección de estos derechos se hacen, en uno y otro nivel, mediante leyes de carácter “cuasi-constitucional” que implicarían un elemento de heterogeneidad en nuestro estudio que dificultaría la extracción de conclusiones. Por idéntica razón (la ausencia de un poder constituyente-constituido por parte de las regiones), excluimos también a Bélgica, remitiendo al lector que esté interesado sobre dicha problemática, y en una primera aproximación, al trabajo de Verdussen, M., “La protección de los derechos fundamentales en el Estado federal belga”, en Aparicio, Ma. (ed.), *op. cit.*, pp. 167-200.

abstracto, sino las particularidades de cada uno de los Estados—<sup>52</sup> aquellos elementos de alteridad respecto de los mismos.

#### IV. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LAS COLECTIVIDADES MIEMBROS (MICROCOMPARACIÓN)

##### 1. *Las competencias*

Lo más habitual (con la notable excepción de Canadá) es que las Constituciones de los Estados federales contengan una enumeración de las competencias que la Federación se reserva, y asimismo dispongan una *cláusula residual a favor de los Estados*. Así se contempla, por supuesto, en las Constituciones de los Estados Unidos (enmienda 10), México (artículo 124, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —CPEUM—), Alemania (artículo 70), Austria (artículo 15), Suiza (artículo 3) e Italia (tras la reforma operada en el artículo 117 por la Ley Constitucional 3/2001), pero no así en España. A pesar de lo que pudiera parecer del artículo 149.3, CE, de cuyo tenor literal pudiera pensarse la existencia de una cláusula residual a favor de las comunidades autónomas, en un segundo giro de tuerca esto no es así. Como decía el profesor y presidente emérito del TC, F. Tomás y Valiente:

El Tribunal [constitucional] ha insistido en que lo no incluido en las reservas estatales específicas del artículo 149.1 “no significa en modo alguno que a una Comunidad determinada le corresponda ya ‘sin más’ todo lo no reservado”; más allá de la reserva estatal hay una oferta o atribución potencial que sólo se concreta en el marco competencial autonómico si, y en la medida en que, lo asume una Comunidad para sí misma en su Estatuto. Pues bien, sobre lo no reservado pero no asumido, pertenece también al Estado, en virtud del artículo 149.3; a esta cláusula residual así entendida se ha referido el Tribunal en varias oca-

<sup>52</sup> Sobre el desarrollo de esta idea, *cf.* Ruipérez, J., “La gran cuestión...”, *cit.*, pp. 1003 y ss.



siones (SSTC: 1/1982 fdto. jco.; 38/1982 fdto. jco. 2; 18/1982, fdto. jco. 1; 10/1982 fdtos. jcos. 1 y 2; 39/1982 fdto. jco. 8 y 69/1982).<sup>53</sup>

Lo cierto es, sea como fuere, que la cláusula contenida en el artículo 149.3 no resulta de fácil interpretación, y sobre la misma se han sostenido diferentes posturas y se han propuesto diversos criterios interpretativos.<sup>54</sup> De todas formas, nos interesa destacar, es que *de haberse operado*, como sucedió en Italia, *la* —a nuestro juicio imperiosa— *reforma constitucional* (por lo que ahora nos atañe, del mencionado artículo 149.3) *con carácter previo a la aprobación de los nuevos estatutos de autonomía, nos hubiésemos ahorrado no pocos problemas de encaje constitucional*. Porque, efectivamente, en la primera sentencia en que el TC español hubo de hacer frente a los que se suponen nuevos estatutos de autonomía —la mencionada STC 247/2007— se vio sorprendentemente (porque esta sentencia entró en muchas cuestiones que no eran objeto de debate, creando una “teoría general del Estado autonómico” que sirviese de base a la posterior, acerca del Estatuto de Autonomía de Cataluña) en la obligación de abrazar la que ha sido calificada como tesis de la “desconstitucionalización de las competencias”<sup>55</sup> (fundamento jurídico 7), donde dice:

<sup>53</sup> Cfr. Tomás y Valiente, F., *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Tecnos, 1988, pp. 121 y 122. Ahora bien —me permito añadir humildemente— teniendo en cuenta que para la asunción de las competencias no previstas es necesario, como hemos visto, la aprobación de las Cortes Generales como Ley Orgánica, sencillamente podemos decir que no existe cláusula residual (la aprobación por las Cortes puede ser considerada, en sentido impropio, como una transferencia).

<sup>54</sup> Cfr., por todos, Elizalde Jalil, M., “La supletoriedad del derecho estatal en el marco actual del Estado autonómico español”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 115-144. En concreto, queremos destacar el original “criterio de la competencia” que sostiene el autor (pp. 124-126).

<sup>55</sup> Cfr. Fernández Farreres, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico? (comentario a la STC 247/2007 de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Navarra, Cuadernos Civitas, 2008, pp. 75-78. Y lo más sorprendente de todo es que, como señala este autor, los magistrados M. Aragón y Ma. Emilia Casas eran conscientes (pues así lo habían expresado, el primero en sede académica, y la segunda en la Memoria Anual del Tribunal Constitucional, 2005) que [al igual que ha señalado la mejor doctrina —cfr. Roura Gómez, S., *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución Española de 1978, el Tribunal Constitucional y las comunidades autónomas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003—] una rica y completa jurisprudencia constitucional había venido —como era su deber— a colmar las dudas y lagunas que

Es decir, la Constitución, que sí fija las materias de competencia estatal, no especifica directamente el contenido o alcance ni de las materias ni de las funciones materiales sobre las que se proyecta aquélla, ni tampoco contiene reglas expresas de interpretación que inmediatamente permitan concretar dicho contenido o alcance, lo que, en última instancia, sólo corresponde precisar a este Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción... De esta forma, los estatutos pueden libremente asumir competencias, completando así el espacio que la propia Constitución ha dejado *desconstitucionalizado*, para lo que han de realizar una cierta operación interpretativa con los condicionantes que veremos a continuación [la cursiva es nuestra].<sup>56</sup>

El contenido de este fundamento jurídico, puesto en relación con el del fundamento jurídico 8 y 10 de la misma sentencia, no es fácil de interpretar, pues además de que, por desgracia, la STC 247/2007 relativa al Estatuto de la Comunidad Valenciana no tiene una redacción tan depurada como la relativa al Estatuto de Autonomía de Cataluña, volviendo una y otra vez, como vemos, sobre las mismas consideraciones en fundamentos jurídicos diversos, y con no pocas reiteraciones, parece apuntar, como afirma el profesor L. Ortega,<sup>57</sup> un doble criterio, que consiste en afirmar que con carácter general y abstracto los estatutos de autonomía no son el cauce ideal para la interpretación del alcance de las competencias estatales reservadas por el artículo 149.1 de la Constitución; pero, en el marco de aquellas

en torno al mencionado artículo, y en general a todo el “dubitativo, errático y proteico” (profesor P. de Vega) título VIII de la Constitución, se habían producido”.

<sup>56</sup> Dichos condicionantes son, según el fundamento jurídico 8 de la STC 247/2007: “Lo que está vedado al legislador, estatal y autonómico [y también al estatutario (fdto. jco. 10)] es la interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución” y “los poderes constituidos estatal o autonómico [y estatutario] ejercerán su función legislativa [o estatuyente] de modo legítimo, cuando, partiendo de una interpretación de la Constitución, sus normas se dirijan a su ámbito competencial, ejerciendo las competencias propias, siempre que, al hacerlo, no pretendan imponer a todos los poderes públicos como única, una determinada opción interpretativa del ordenamiento constitucional” (*cf.*, a mayor abundamiento, esta doctrina en Ortega Álvarez, L., “El debate competencial entre el Estado y las comunidades autónomas”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151 enero-marzo de 2011, pp. 35-39).

<sup>57</sup> Ortega Álvarez, L., *op. cit.*, p. 37.

competencias asumidas por los estatutos de autonomía, que como norma estatal delimitan, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.3, CE, sí pueden realizar una interpretación, como cualquier otro poder público, de la Constitución, aunque esta tendrá un mero carácter descriptivo, es decir, que no es una posición que se imponga a todos los poderes públicos, y que no pueda ser alterada en un futuro por la jurisprudencia del TC, en tanto que máximo intérprete constitucional.

La doctrina que comentamos pretende ser respetuosa y salvar la constitucionalidad de no pocos preceptos de los nuevos estatutos de autonomía, sobre todo del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y es celosa a su vez con el estatus del Tribunal en el sistema constitucional español.<sup>58</sup> Hay que tener en cuenta que el informe sobre la reforma del Estatuto, realizado en 2003, por el Instituto de Estudios Autonómicos del Departamento de Gobernación y Relaciones Institucionales de la Generalitat de Cataluña, sostenía la tesis de que los estatutos de autonomía podían operar el marco competencial en la interpretación dada por el TC,<sup>59</sup> y esto es lo que expresamente rechaza el Tribunal. Doctrina —sentada, eso sí conviene recordarlo, con una exigua mayoría de 7-5 frente al consenso que se había alcanzado en las otras sentencias— que se ha traducido en el argumento fundamental de la sentencia 31/2010, que expresan los fundamentos jurídicos 59 y 64, en la forma de dotar de un valor meramente “descriptivo” a las expresiones “únicamente” y “en todo caso” que se proyectan sobre decenas de preceptos del título IV del estatuto catalán, cuando afectan a competencias de carácter concurrente o compartido con la comunidad autónoma. Doctrina que, a nuestro juicio y coincidiendo con el profesor G. Fernández (en contra L. Ortega),<sup>60</sup> modifica la teoría del Estado autonómico, por lo que se refiere al reparto competencial, pues como hemos dicho *supra* (véase nota 55), a muchos nos ha sorprendido saber que la Constitución había dejado “desconstitucionalizadas” las competencias a las que se refiere el artículo 149.1, CE, más teniendo en cuenta que existía una larga jurisprudencia constitu-

<sup>58</sup> Cfr. Solozábal Echavarría, J. J., “La sentencia sobre el Estatuto de Cataluña: una visión de conjunto”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151, enero-marzo de 2011, p. 219.

<sup>59</sup> Sobre esto, Ortega Álvarez, L., *op. cit.*, p. 32.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 54.

cional, glosada en interesantes trabajos monográficos al respecto, acerca de las dudas que tres décadas de práctica constitucional había generado.

Para finalizar con esto, y enlazando ya con lo que será el objeto de estudio del próximo epígrafe, la duda quizás más importante que se planteó en España, teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 149.3, CE (ya analizado), en relación al 147.2, CE, fue si las comunidades autónomas tenían habilitación competencial para establecer en sus respectivos estatutos de autonomía catálogos de derechos. El TC responde, en la STC 247/2007 (fundamentos jurídicos 11 y 12), que el artículo 147.2 recoge un *contenido mínimo* que permite identificar a un estatuto de autonomía como tal, que puede ser ampliado con un *contenido posible* y eventual, consecuencia del principio dispositivo consagrado en la Constitución.<sup>61</sup> Con ello no hacía sino recoger algunas

<sup>61</sup> Se ponía fin, así, a un rico e intenso debate doctrinal que se produjo en la doctrina española acerca de esta posibilidad. Y es que, en efecto, junto a los trabajos de los profesores Marc Carrillo y Raúl Canosa que hemos citado, con anterioridad a la sentencia acerca del Estatuto de la Comunidad Valenciana, se publicaron algunos trabajos muy buenos acerca de las posibilidades, siempre de difícil interpretación, que ofrece el indeterminado título VIII de nuestra Constitución. No deben dejar de consultarse, a este respecto, el diálogo entre los profesores L. Ma. Díez Picazo y Francisco Caamaño, en la *Revista Española de Derecho Constitucional*. En todo caso, resumimos aquí sus posiciones: el profesor Díez Picazo señala un argumento formal y dos argumentos sustantivos para oponerse a la constitucionalidad de la existencia de tales declaraciones en los textos estatutarios: 1) El primer argumento, formal, es que no forma parte del contenido del artículo 147.2 de nuestra carta fundamental el que los estatutos puedan declarar derechos, deberes y principios; 2) El segundo argumento, de carácter material, es que existe a su juicio “una reserva de Constitución en materia de derechos fundamentales”, y 3) Por último, el argumento del “legislador esquizofrénico”, lo cual significa que, dado que para la aprobación final de un nuevo estatuto de autonomía es necesario la aprobación de las Cortes Generales, admitir la constitucionalidad de las declaraciones es tanto como admitir la posibilidad de que el legislador estatal otorgue unos derechos a unos españoles y otros derechos a otros españoles (véase Díez Picazo, L. Ma., “¿Pueden los estatutos de autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, septiembre-diciembre de 2006, pp. 63-75). Es el último argumento, el del legislador abúlico, el que a mi juicio merece más interés. El profesor Francisco Caamaño contraargumenta: 1) En primer lugar, refuta la idea de que exista una reserva constitucional con base en dos ideas: en primer lugar, porque los derechos estatutarios no son derechos constitucionales, y en segundo lugar, porque los derechos fundamentales, recogidos en distintas normas, tales como tratados o convenios internacionales, Constituciones, leyes, normas infralegales y hasta simples acuerdos, transitan, según él, por todo el ordenamiento

aportaciones doctrinales (M. Carrillo), influencia, qué duda cabe, de una antigua doctrina jurisprudencial italiana de los años setenta del siglo XX.<sup>62</sup>

## 2. *Derechos*

Existe una íntima relación entre los derechos y las competencias, que consiste en que para poder garantizar aquellos hace falta tener

jurídico; 2) Para este autor, autogobierno significa, en contra de lo que piensa el profesor V. Ferreres, también limitar al propio gobierno; 3) Critica la visión de la democracia (mayoritaria) que a su juicio defiende Díez Picazo, y contraargumenta que es posible alcanzar consensos mayores del reflejado en el título I de la Constitución, sin que por ello se restrinjan injustificadamente las magnitudes de la democracia liberal, y 4) Por último, expone un concepto de democracia constitucional que incluye la variable federal (véase Caamaño, F., “Sí, pueden. Declaraciones de derechos y estatutos de autonomía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, enero-abril de 2007, pp. 33-46); a lo que, meses más tarde, el profesor de la Universidad de Málaga replica, poniendo fin al debate, que: 1) No es admisible la equiparación que de derechos fundamentales y derechos constitucionales hace Francisco Caamaño, porque lo que verdaderamente caracteriza a un derecho fundamental es que éste resulta indisponible para el legislador; 2) Se reafirma en el argumento formal, sosteniendo que incluso aunque no fueran derechos fundamentales, no por ello se puede sostener que exista un título competencial que habilite su promulgación en los Estatutos, y 3) Sobre el argumento sustantivo, Picazo aclara que no es que considere inconstitucional que entes subestatales reconozcan un derecho y otros no, cuando tienen un título competencial que les habilita para ello, ni que entes federados dotados de un genuino Poder Constituyente no puedan proclamar derechos, sino que en el Estado de las autonomías, le es exigible al legislador un mínimo de coherencia (véase Díez Picazo, L. Ma., “De nuevo las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre de 2007, pp. 63-70). El último trabajo publicado al respecto, y del que tenemos noticia, es el del profesor G. Cámara, publicado en el reciente número monográfico de la *Revista de Estudios Políticos* sobre el Estado autonómico (cfr. Cámara Villar, G., “Veste y realidad de los derechos estatutarios”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151, pp. 57-107), donde entra en el debate entre estos dos grandes constitucionalistas, y en concreto en torno a la tesis de Díez Picazo del legislador abúlico (véase p. 95), sosteniendo que es “formal y engañoso” al destacar en carácter de Ley Orgánica del Estatuto, pues dada la naturaleza del estatuto como complemento de la Constitución y su carácter paccionado, no puede ser tenido por “el mismo legislador” el de todos los estatutos de autonomía.

<sup>62</sup> Véase sentencia núm. 40/1972, 829/1988 y cfr. Pegoraro, L. y Ragone, S., “Los derechos regionales en el sistema constitucional italiano con especial referencia a su regulación estatutaria”, en Gavara de Cara, J. C. (ed.), *Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 112 y ss.

estas. Piénsese lo ridículo (jurídicamente hablando) que resultaría que un ayuntamiento pretendiese garantizar el derecho de asilo careciendo por completo de competencia en inmigración. Es desde esta perspectiva donde cobra sentido la previsión del artículo 51.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de análogo contenido al 37.4 (introducido en la tramitación en el Congreso de los Diputados)<sup>63</sup> del estatuto catalán, 13.3 del balear, 13 del andaluz, 6.3 del aragonés y, finalmente, 8.3 del castellano leonés.<sup>64</sup> De no establecerse esta cautela, dada la universalidad de los derechos fundamentales (aunque es cierto que los estatutos de autonomía en España se han centrado, como en el caso de las Constituciones estatales de México,<sup>65</sup> los estatutos regionales de Italia,<sup>66</sup> las Constituciones de algunos *länder* austríacos<sup>67</sup> y alemanes,<sup>68</sup> y los cantones suizos,<sup>69</sup> en los derechos sociales), las competencias de estos entes supra y subestatales serían *ilimitadas*.<sup>70</sup>

Al hilo de esto, y antes de entrar en un análisis comparado, es necesario poner de manifiesto que por doquier nos encontramos, en los últimos años, con catálogos de derechos emanados de instancias supra y subnacionales (por ejemplo, un ciudadano catalán podría ale-

<sup>63</sup> Sin embargo, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana no contiene estipulación semejante.

<sup>64</sup> Sobre la relación entre las declaraciones de derechos de los estatutos de autonomía y los de la Carta de Niza, *cfr.*, por todos, Canosa Usera, R., “Las declaraciones de derechos en los nuevos estatutos de autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2008, p. 71 y Fondevila Marón, M., “El proceso de integración europea en relación con la descentralización de los Estados miembros”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 404 y ss.

<sup>65</sup> *Cfr.* Fondevila Marón, M., “Las declaraciones de derechos en las Constituciones estatales. Una comparativa México-España”, en León Bastos, C. y Wong Meraz, A. (coords.), *Teoría de la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Jorge Carpizo en Madrid*, México, Porrúa, 2010, pp. 379-391.

<sup>66</sup> *Cfr.* Pegoraro, L. y Ragone, S., *op. cit.*, pp. 98 y ss.

<sup>67</sup> *Cfr.* Gamper, A., “Federalismo y derechos fundamentales: el caso de Austria”, en Aparicio, M. A. (ed), *op. cit.*, pp. 128 y ss.

<sup>68</sup> *Cfr.* Hartwig, M., “Los derechos fundamentales en la República Federal Alemana y sus *länder*”, en Aparicio, M. A. (ed), *op. cit.*, pp. 149 y ss.

<sup>69</sup> *Cfr.* Thalman, U., “Derechos constitucionales y federalismo: el caso de Suiza”, en Aparicio, Ma. (ed), *op. cit.*, p. 104.

<sup>70</sup> *Cfr.* Fondevila Marón, M., “La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea”, *Estudios Constitucionales*, año 7, 2009, núm. 1, p. 240.

gar, para defender sus intereses, la Carta de Derechos del Convenio de Roma, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, los derechos y libertades de la Constitución, y los derechos del Estatuto de Autonomía de Cataluña), ante los que muchos constitucionalistas no sabemos qué posición adoptar. Y es que, al margen de retóricas políticas, como dice el profesor S. Sánchez González:

Habría, quizás, que preguntarse, por los posibles efectos que la globalización del reconocimiento de esos derechos puede provocar en millones de individuos, por las expectativas provocadas. Habría, quizás, que preguntarse si existen las mínimas condiciones objetivas para la constitución de un sistema de garantías capaz de hacer frente a las lógicas reivindicaciones de este reconocimiento. Pero, con todo, como estudiosos del derecho constitucional lo que más nos preocupa son las consecuencias que esta utilización y positivación masivas pueden tener sobre la idea misma del derecho fundamental. Sobre su validez y vigencia, sobre su contenido y eficacia, en breve, sobre la estructura de los derechos fundamentales tal y como los conocemos. ¿Debemos sumarnos silenciosos a esa poderosa corriente expansiva, abocada al vacío conceptual por dilatación o desbordamiento, de la noción primigenia? O ¿deberíamos abstenernos de contribuir a la demagogia imperante en este ámbito y detenernos en su lugar a recordar el origen, definición y la decantación de los derechos fundamentales y las limitaciones inherentes a su propia naturaleza? Más apropiado nos parece lo segundo.<sup>71</sup>

<sup>71</sup> Cfr. Sánchez González, S., “¿Todavía más derechos? ¿De qué derechos hablamos?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, enero-junio de 2010, p. 304. Como nosotros no debemos detenernos aquí en la explicación del concepto, eficacia y límites de los derechos fundamentales, tal y como postula el trabajo del profesor de la UNED, no podemos sino remitirnos, en una primera aproximación, a lo que él mismo expone en las pp. 305-307 de su artículo o, con muchísima mayor profundidad, a Ruipérez Alamillo, J., “El trasfondo teórico-ideológico de la ‘libertad civil’ y su eficacia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2008, pp. 175-230. Con respecto a la pérdida de poder por parte de la ciudadanía, Ruipérez Alamillo, J., *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseaunianas en defensa del Estado constitucional, democrático y social*, México, UNAM, 2006, p. 84. Si se desea analizar los efectos de la proliferación de derechos en cuanto se refiere a la Unión Europea. Cfr. Cantaro, A., *Europa soberana. La Constitución de la Unión entre guerra y derechos*, Barcelona, El viejo topo, 2006, pp. 107 y ss.; y en una perspectiva europeísta-autonomista, Fondevila Marón, M., “La disolución...”, *cit.*, pp. 233 y ss.

Comenzando entonces por el concepto, y definiendo los derechos humanos (o fundamentales), con el profesor I. Ara: “facultades que el hombre se atribuye como inherentes a su condición, reflejadas en el consenso social obtenido a partir de la realización de las exigencias de liberación de los condicionamientos que puedan sufrir la formación y la expresión de la voluntad de los individuos”,<sup>72</sup> y teniendo en cuenta, con ella, que los derechos humanos tienen tres notas características que son *historicidad, generalidad y universalidad*,<sup>73</sup> podemos afirmar, y sin ánimo de herir la sensibilidad de nadie, que *los derechos contenidos en una norma de rango infraconstitucional no podrán tener la condición de derechos humanos o fundamentales*. De las tres notas que hemos destacado, de hecho sólo cumplen la primera, en tanto que son fruto de un momento histórico, el actual (piénsese que hablamos de reformas en México, Italia y España, ocurridas todas en esta década), pero no cumplen la nota ni de generalidad ni de universalidad. Ello es fácil de comprender si se piensa en su doble limitación competencial y territorial. En cuanto a la limitación competencial, que impide considerar a estos derechos como universales, nos servimos del ejemplo anterior para poner de manifiesto que incluso en aquellos Estados donde la Constitución prevé una cláusula residual de competencias a favor de los entes federados que permita entender, excepto que la Constitución federal estipule lo contrario, que tienen habilitación competencial para promulgar catálogos de derechos, ninguno de los derechos que allí se contengan podrá afectar a una competencia exclusiva de la Federación. Y ello, simplemente, en virtud del principio de *supremacía constitucional*. Precizando un poco más: no sólo estarán limitados por las competencias que la Federación se reserva, sino por el catálogo de derechos fundamentales que proclama la Constitución federal, las leyes federales que desarrollen competencias y derechos, y por el contenido que a éstos atribuya el máximo intérprete constitucional. Un simple ejemplo servirá para ilustrar este punto: en México, mientras que en el Distrito Federal, como es sabido, se reconoce el derecho

<sup>72</sup> Cfr. Ara Pinilla, I., “Hacia una noción explicativa de los derechos humanos”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 1, núm. 1, 1993, p. 107 (cursiva en el original).

<sup>73</sup> Carbonell, M., *Los derechos humanos en la actualidad. Una visión desde México*, Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”, Bogotá, 2001, pp. 12-23.



al aborto, las Constituciones de Durango y Sonora se han reformado recientemente (diciembre de 2008 y abril de 2009, respectivamente) para establecer que en esos Estados se protege la vida desde el mismo momento de su concepción. Pues bien, qué duda cabe que si la Suprema Corte mexicana hubiese entendido el derecho a la vida, contenido en los artículos 1o., 14 y 22, CPEUM, de la forma en que el TC español ha interpretado el artículo 15, CE,<sup>74</sup> y aunque las entidades federativas tengan la competencia penal, la reforma legislativa del DF hubiese resultado inconstitucional, del mismo modo en que, si por el contrario, fuese la Constitución federal la que reconociese el derecho al aborto o así lo hubiese entendido la Suprema Corte, derivándolo por ejemplo del derecho a la integridad física de la mujer, las reformas constitucionales de Sonora y Durango hubiesen devenido inconstitucionales y nulas. Están, además, limitados —qué duda cabe— únicamente al territorio regional del estado que los adopta en su norma institucional básica.<sup>75</sup>

Ahora bien, y siguiendo con el concepto, dentro de esta doble limitación territorial y competencial, nos encontramos con que en Estados Unidos, Alemania, Suiza y México, estos derechos son considerados tales, es decir, facultades subjetivas a disposición de los individuos que imponen a otros el deber de hacer o no hacer algo. Aunque estos tres países formen, a los efectos que ahora nos interesan, un bloque, es interesante detenernos en las particularidades de cada uno:

La peculiaridad, así pues, que más caracteriza a los Estados Unidos, como ha señalado el profesor S. Roura, es que el cambio en la idea y la protección de los derechos fundamentales se ha realizado siempre, desde su Constitución, vía mutaciones constitucionales.<sup>76</sup> Siguiendo al profesor D. A. Barceló, podemos distinguir tres etapas: así, una primera etapa iría desde la Constitución de los Estados Unidos hasta la aprobación de las diez primeras enmiendas, y se caracterizaría por la separación total de la esfera federal y estatal, de modo

<sup>74</sup> Véase STC 53/1985, fdto. jco. 7.

<sup>75</sup> Todo ello, con más profundidad en Fondevila Marón, M., “Las declaraciones...”, *cit.*, pp. 342-361.

<sup>76</sup> *Cfr.* Roura Gómez, S., “La lucha por los derechos fundamentales y el federalismo en los Estados Unidos”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, núm. 4, 2000, p. 436.

que los derechos que se declaraban en las Constituciones estatales se podían hacer valer sólo frente a las autoridades de los Estados, y los derechos que se derivasen de la Constitución federal sólo serían oponibles frente a estas autoridades. Una segunda etapa toma forma con la aprobación de las llamadas enmiendas de guerra (13, 14 y 15), pero no se verifica hasta el siglo XX cuando el juez Warren es elegido presidente del Tribunal Supremo. Esta etapa se caracteriza porque los derechos de la Constitución federal son también de obligado cumplimiento. La tercera etapa se inicia en los años setenta del siglo pasado y llega hasta nuestros días, y se caracteriza porque los ciudadanos pueden hacer valer sus derechos estatales y federales en ambos foros judiciales.<sup>77</sup> Dos son, fundamentalmente, las ideas que subyacen: por un lado, la necesaria colaboración de ambas instancias, y por otro, que la Constitución federal establece un mínimo para toda la Federación, que puede ser ampliado por los estados. El lector se imagina que, dada la idiosincrasia social y política estadounidense, los derechos recogidos en uno y otro nivel de gobierno son, sobre todo, civiles y políticos, no de carácter social.

Y esta es la idea que, tanto a nivel doctrinal<sup>78</sup> como jurisprudencial,<sup>79</sup> se defiende respecto de los derechos en las Constituciones estatales en México. Idea teórica, pues los instrumentos de protección efectiva de tales derechos han resultado ser un fracaso, como consecuencia de las distorsiones que produce el intento de adoptar el sistema estadounidense en el ámbito jurídico mexicano, no del todo com-

<sup>77</sup> Cfr. la nota del traductor en Tarr, A., *Comprendiendo las Constituciones estatales*, trad. de D. A. Barceló Rojas, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 248.

<sup>78</sup> Cfr., por todos, Barceló Rojas, D. A., “La función de los derechos fundamentales de las Constituciones estatales mexicanas, contribución a la teoría de la Constitución estatal”, en Ferrer McGregor, E. y Zaldívar de Lárrea, A., *op. cit.*, t. IV, México, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, pp. 111-151; Carbonell, M., Documento de trabajo “Los derechos fundamentales y el constitucionalismo local”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

<sup>79</sup> Así se desprende de la tesis aislada XXXIII/2002 del pleno de la Suprema Corte de Justicia mexicana (*Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, p. 903), donde afirma que las competencias atribuidas a la sala constitucional del estado de Veracruz, para el juicio de protección de los derechos fundamentales, no invade competencias federales, en tanto que ésta se limita a proteger únicamente los derechos que esta Constitución prevé para los ciudadanos veracruzanos.

patible. En México, sin embargo, excepto el estado de Veracruz (que fue el pionero en establecer derechos locales) y los estados de Campeche, Guerrero, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas, que no han reformado su Constitución, las Constituciones estatales que sí han reconocido derechos se han centrado fundamentalmente, al igual que en España, en los derechos sociales, entre los que destacan el derecho al trabajo, derecho de menores, derecho de ancianos, deporte y cultura, medio ambiente, distintos derechos de familia (matrimonio, protección de los hijos), derecho a la no violencia, derecho a la educación. Pero a diferencia de España, en donde todos los nuevos estatutos de autonomía, excepto Castilla y León, han declarado el derecho a una vivienda, este derecho solamente aparece reconocido en las Constituciones de Durango, Oaxaca y San Luis Potosí. Por último, y de forma casi anecdótica, es interesante el derecho al uso de la tierra que reconoce el estado de Hidalgo.

En Alemania, dado que la Ley Fundamental de Bonn no recoge expresamente derechos sociales, muchos *länder*, sobre todo los anteriores a la aprobación de dicha Ley (por influencia de la Constitución de Weimar) y los posteriores, se han centrado en la protección de estos derechos. Por lo demás, algunos, pero no todos los *länder*, recogen los derechos ya recogidos a nivel federal.<sup>80</sup> En estos casos, la regla que se establece es simple: la Constitución federal y las leyes que desarrollan los derechos básicos que la misma contempla *priman* sobre las Constituciones de los *länder*, que no podrán, en ningún caso, dar una protección menor, pero sí igual o mayor que la prevista a nivel federal.<sup>81</sup> Y así pues, qué duda cabe, los derechos —hemos dicho, de carácter social— recogidos en las Constituciones estatales sí se configuran, al igual que en Estados Unidos y México, como derechos subjetivos del particular, directamente reivindicables ante los tribunales.

Muy similar al caso alemán es el caso suizo. También su Constitución, aunque recoge algunos derechos de carácter social (artículos 11 y 12), habla, en general, y como apunta el profesor U. Thalman, de

<sup>80</sup> Qué duda cabe que es una mala técnica legislativa. Cfr. Gavara de Cara, J. C., “Los derechos fundamentales en las Constituciones de los *länder*”, en *id.* (ed.), *op. cit.*, pp. 162 y 176.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 175-180.

“fines sociales”, y el reconocimiento de los derechos sociales llega a los ciudadanos, como también en México, a través de los enunciados de las Constituciones cantonales.<sup>82</sup> Ahora bien, a diferencia de Alemania, donde en nueve de los dieciséis *länder* se recoge un procedimiento de amparo ante los tribunales estatales para la protección de los derechos que reconocen las Constituciones respectivas, sucede en Suiza, también al igual que en México, que la mayoría de los cantones no han establecido un procedimiento de amparo propio, sino que esta protección se hace en el marco del recurso administrativo ordinario, y esto es porque en general, como apunta U. Thalman, existe bastante confianza en la protección de estos derechos por parte del Tribunal Federal.<sup>83</sup>

El otro grupo lo forman Austria, España e Italia, donde los derechos reconocidos en los estatutos de autonomía y estatutos regionales respectivamente han sido reducidos por ambas jurisdicciones constitucionales al carácter de *normas programáticas*, es decir, a principios que informan la acción del legislador, pero sin el carácter de verdaderos derechos subjetivos. Por lo que respecta al caso de España, en la sentencia 247/2007 (fundamentos jurídicos 13 a 15), el TC español diferencia entre, por un lado, el ámbito institucional de la comunidad autónoma, donde los estatutos pueden (y ya venían haciéndolo desde 1978) enunciar derechos subjetivos *stricto sensu*, y el ámbito competencial comunitario, donde, y al margen de que se les dé el *nomen iuris* de “derechos”, los estatutos únicamente establecen orientaciones u mandatos al legislador, sin poder, en ningún caso, otorgar potestad alguna a los particulares para reivindicarlos directamente, y a falta de desarrollo legislativo, frente a los tribunales de justicia. Eufemismos aparte, esto es tanto como decir que no son derechos. En cualquier caso, lo que ahora más nos interesa es herencia, una vez más, de la doctrina y jurisprudencia italianas, y así, es de destacar que en tres sentencias (2, 372, 378 y 379) de 2004, la Corte Constitucional italiana había negado también eficacia jurídica a los catálogos regionales de derechos.<sup>84</sup> Como en México, y como en Italia, el contenido de estos preceptos era de carácter social, y especialmente enfocado a de-

<sup>82</sup> Cfr. Thalman, U., *op. cit.*, p. 104.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>84</sup> Para ampliación y comentarios, Pegoraro, L. y Ragone, S., *op. cit.*, pp. 112 y ss.

terminados sujetos, susceptibles de especial atención, como son tanto los más jóvenes (niños y niñas) como los ancianos, extranjeros y minorías étnicas o religiosas.<sup>85</sup> La doctrina establecida en esta sentencia fue acogida, sin más, por la reciente STC 31/2010, por lo que la doctrina más crítica habla de “veste de derechos, y realidad de principios para estos enunciados”.<sup>86</sup> Sin embargo, aquellos que no están de acuerdo con que se niegue la efectividad a estos principios con apariencia de derechos<sup>87</sup> parecen no darse cuenta de un serio problema que se derivaría en caso de asumir la alternativa contraria. Siguiendo al profesor J. C. Gavara de Cara, podemos afirmar que para poder hablar de una defensa regional, estatal o autonómica de los derechos se deben dar tres condiciones: a) Que las Constituciones de los *länder* o estados, y los estatutos de autonomía, las regiones o las comunidades autónomas cuenten con un catálogo de derechos; b) En segundo lugar, la existencia de una justicia constitucional, es decir, la existencia de un TC en ese nivel de gobierno, y c) Por último, un proceso de amparo respecto de los derechos proclamados en las normas institucionales básicas de esa unidad territorial.<sup>88</sup> Tanto España, Italia y Austria, carecen de un Poder Judicial propio, y por lo tanto también de un procedimiento de amparo que pudiera garantizar a nivel infraestatal estos supuestos derechos.

Así pues, y esto es lo que nos interesa fijar como conclusión del presente epígrafe, en esta terna de países, la razón quizás principal de que los enunciados en las Constituciones estatales y los estatutos regionales y autonómicos no gocen de verdadera eficacia se debe más a imposibilidades de carácter técnico que a una posición más o menos ideológica, fruto de una bien conocida jurisprudencia de origen germano, relativa a la naturaleza de los derechos sociales. Concluimos, pues, con unas breves consideraciones acerca de la estructura judicial de España respecto de otros Estados.

<sup>85</sup> Respecto de México, Fondevila Marón, M., “Las declaraciones...”, *cit.*; de Italia, Pegoraro, L. y Ragone, S., *op. cit.*, p. 100; de España, Canosa Usera, R., “Las declaraciones de derechos...”, *cit.*, p. 82.

<sup>86</sup> *Cfr.* Cámara Villar, G., *op. cit.*, p. 98.

<sup>87</sup> *Cfr.*, también, en contra de esta posición del Tribunal Constitucional, a Solozábal Echavarría, J. J., *op. cit.*, p. 221.

<sup>88</sup> *Cfr.* Gavara de Cara, J. C., “Los derechos...”, en *id.* (ed.), *op. cit.*, p. 161.

### 3. *Justicia constitucional*

De sobra es sabido que existen, a grandes rasgos, dos modelos de justicia constitucional: el modelo de justicia constitucional concentrada en un TC que se sitúa al margen del Poder Judicial Ordinario como defensor de la legalidad constitucional por parte de los tres poderes clásicos del Estado, y el control difuso, en el que cada juez puede no aplicar aquella ley concerniente al caso del que está conociendo, que considera contraria a la Constitución. A este respecto, los ejemplos paradigmáticos de defensa de los derechos en el ámbito infraestatal de uno y otro modelo son Alemania y Estados Unidos, respectivamente. Ambos Estados, que contienen los tres elementos que de la mano del profesor J. C. Gavara hemos mencionado en el epígrafe anterior, se parecen y se diferencian, en parte, por cuanto respecta a la forma de defender dichos derechos. Ambos configuran un *modelo alternativo*<sup>89</sup> para los litigantes, que pueden optar por una protección federal o local de los derechos reconocidos en uno u otro tipo de Constitución. La diferencia está en la libertad de los tribunales regionales para fijar doctrina respecto aquellos derechos de las Constituciones locales que tienen un contenido análogo al de la Constitución federal. En Estados Unidos se entiende que son derechos distintos, por cuanto que están reconocidos en sus propias cartas, que tienen una historia propia, e interpretados por sus propios tribunales, por lo tanto, los tribunales de cada estado tienen libertad absoluta para interpretarlos de una manera más amplia o más restrictiva que los tribunales federales.<sup>90</sup> No es así, sin embargo, en Alemania, en virtud de lo dispuesto en el artículo 142 de la Constitución de 1949 cabe la posibilidad de que dichos derechos sean interpretados de una manera más amplia, pero no más restrictiva, que aquellos consagrados en la Constitución federal.

Pero desde nuestra óptica comparada, lo que nos interesa poner de manifiesto es el hecho de que el modelo difuso, que se da en su for-

<sup>89</sup> Cfr., respecto de Alemania, Gavara de Cara, J. C., *op. cit.*, p. 181, y respecto de Estados Unidos, Tarr, A., *Comprendiendo las Constituciones estatales*, trad. de D. A. Barceló Rojas, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 248.

<sup>90</sup> Tarr, A., “Federalismo y la protección de los derechos en los Estados Unidos”, en Aparicio, M. A. (ed.), *op. cit.*, p. 59.

ma pura en los Estados Unidos, es distorsionado por algunos “elementos concentradores” en México. Está, por un lado, la interpretación del artículo 133 de la CPEUM por la Suprema Corte, en el sentido de que corresponde únicamente a ella la no aplicación de las leyes que entienda contrarias a la Constitución.<sup>91</sup> Por otro, el amparo, que según el artículo 103, CPEUM, deberá sustentarse siempre ante los tribunales de la Federación.<sup>92</sup> La regulación, difícil y farragosa, de lo que algún autor mexicano ha llamado el “laberinto del amparo”, es imposible, incluso sintéticamente, de analizar aquí; pero en cualquier caso, lo que a nosotros nos interesa es que es, probablemente, la razón de que fracasase el juicio de protección de derechos fundamentales, que los incorporaron a sus Constituciones estatales algunos estados como Veracruz y Tlaxcala.<sup>93</sup> Tanto es así, que aunque todos los Estados disponen de una sala constitucional<sup>94</sup> en sus respectivos tribunales superiores de justicia, son muy pocos los que han adoptado un juicio de protección de los derechos declarados en su Constitución. Aunque existe una diferencia entre ambos estados, que radica en que uno se sustenta ante la sala constitucional del Tribunal Superior de Justicia de Veracruz y el otro ante el pleno del Tribunal Superior de Justicia de Tlaxcala; ambos “amparos locales” se caracterizan por interponerse siempre frente a las autoridades (nunca frente a particulares) de los estados, con el fin de recibir una contraprestación económica, ya que al no tratarse, *strictu sensu*, de un amparo (pues la ley de amparo establece la competencia exclusiva, a este respecto, de

<sup>91</sup> Véase tesis 159 en *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. X, agosto de 1999, p. 5.

<sup>92</sup> Aunque, por cierto, el amparo tiene un origen local (Yucatán, 1841). *Cfr.* González Oropeza, M., “Yucatán: origen del amparo local”, *Revista Jurídica Jalisciense*, Universidad de Guadalajara, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 5.

<sup>93</sup> Por ejemplo, desde la aprobación de la Ley 5/2002 del Estado de Veracruz, y hasta 2009, únicamente se terminaron dos de los treinta juicios iniciados ante la Sala Constitución del Tribunal Superior de Justicia de este Estado hasta 2009, y en ambos se falló en contra del demandante. Es un bagaje muy pobre, por mucho que los otros casos se hayan acordado entre las partes, antes de la finalización del proceso. Ignoramos datos sobre Tlaxcala.

<sup>94</sup> Sobre la naturaleza de estas salas, y cómo ellas son un producto mixto de las dos tradiciones jurídicas, *cfr.* Astudillo Reyes, C., “Las salas constitucionales en México”, en González Oropeza, M. y Ferrer McGregor, E., *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006, pp. 13-35.

los tribunales federales), carecen estos tribunales superiores de justicia de los estados de la posibilidad de no aplicar las leyes. Y en relación con este punto es donde la existencia de este juicio de protección de derechos fundamentales tiene unos efectos más perturbadores para el particular: si se trata de un amparo directo, podrá siempre acudir, en el plazo fijado en la Ley de Amparo, directamente ante los tribunales colegiados de circuito para solicitar la inaplicación de la Ley estatal que vulnera las garantías individuales recogidas en la CPEUM (dificiles de diferenciar, como reconoce la magistrada H. González,<sup>95</sup> de la sala constitucional del Tribunal Superior de Justicia de Veracruz, de los derechos de la Constitución estatal) ante los tribunales colegiados de circuito. Sin embargo, cuando se trate de un amparo indirecto, y porque según la ley se deben agotar todos los cauces procesales posibles, el juicio de protección de derechos fundamentales, aunque pueda suponer un beneficio económico para el quejoso, tiene también un efecto dilatorio de lo que probablemente le interesa: la nulidad del acto. En conclusión, los derechos locales (que como vimos, en teoría, se configuran como poderes subjetivos en manos del particular) carecen de verdadera eficacia en México, pues muchos estados ni siquiera tienen un instrumento procesal para su protección, y los que lo tienen, lo regulan de tal manera que lo único que puede obtener el particular es una compensación económica, nunca la inaplicación de la ley o la nulidad del acto.

Algo similar ocurre en España, donde las dificultades y distorsiones surgen de haber intentado trasponer, y haberlo hecho sólo de forma parcial, el modelo alemán.<sup>96</sup> Ya hemos visto en el epígrafe anterior que la respuesta que nuestro máximo intérprete de la Constitución a la naturaleza de los derechos contenidos en los estatutos de autonomía consistía, a fin de cuentas, en negarles su efectividad jurídica. Sabemos también que por carecer de un Poder Judicial propio, la

<sup>95</sup> Cfr. González Rebolledo, H., “Los juicios de protección de derechos humanos en Veracruz. Análisis de los problemas en la resolución de los casos presentados en el 2003”, en González Oropeza, M., *op. cit.*, p. 910.

<sup>96</sup> Cfr. Ruipérez Alamillo, J., *La protección constitucional de la Autonomía*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 155 y ss. Nótese que este autor escribe la crítica a la que nos referimos, mucho antes de que ni siquiera se vislumbrase una reforma estatutaria en este sentido. Pero como dice el refrán español, ¡siembra vientos que recogerás tempestades!



respuesta difícilmente podría haberse articulado de otro modo. Retomando ahora lo que decíamos al principio de estas páginas, sobre que el Tribunal hizo decir en muchos casos al estatuto lo que sin duda este no quería decir, vamos a ahondar ahora un poco más en la eficacia de tales enunciados, siquiera como meros principios, a propósito de la respuesta ofrecida por lo que respecta a la posibilidad de determinados elementos de garantía. En primer lugar, al declarar el TC inconstitucional y nulo el apartado 4 del artículo 76, EAC, lo que implica que los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias no tienen carácter vinculante (fdto. jco. 32), el cumplimiento de las disposiciones estatutarias parece quedar por completo a la libre voluntad del Parlamento. Aun quedaría una opción: si los estatutos de autonomía son parte integrante del “bloque de constitucionalidad”, cabría plantearse la posibilidad de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley del Parlamento catalán que vulnerase las disposiciones estatutarias. Pero esta hipótesis, real, se ve muy limitada por cuanto que únicamente se configura como verdadera garantía frente al poder político en los supuestos en que el presidente del Gobierno, 50 diputados o senadores, o el defensor del pueblo decidan interponer este recurso, dada la escasa probabilidad de que sea la propia Asamblea Legislativa que la aprobó quien lo haga. Parece que en este caso haría falta una reforma de la Ley Orgánica del TC. Otra solución, a la luz de esta parte del fallo de la sentencia, y para volver a instaurar una mínima racionalidad en nuestro derecho constitucional de las comunidades autónomas, consistiría en una propuesta que en 2003 sugería el profesor S. Roura, de crear tribunales estatutarios en el ámbito de las comunidades autónomas que garanticen estos derechos.<sup>97</sup> Lo que ocurre es que, a la luz de esta jurisprudencia constitucional y de lo que venimos diciendo, ello requeriría la reforma constitucional de, al menos, los siguientes apartados: la uniformidad del Poder Judicial (artículos 117, CE, y concordantes), los artículos 138.2 y 139.1 de la Constitución, acerca de la homogeneidad de derechos, y el artículo 161, CE, sobre las competencias del TC. Ésta no es una relación exhaustiva. En la actualidad, la tesis que está adquiriendo más peso, que no implicaría modificar la Constitución, consistiría en crear una

<sup>97</sup> Cfr. Roura Gómez, S., *Federalismo y justicia constitucional...*, cit., pp. 188-200.

especie de amparo respecto de los derechos enunciados en los estatutos de autonomía que se sustentaría ante los tribunales superiores de justicia radicados en cada una de las diecisiete comunidades autónomas —aunque ha de hacerse notar que este amparo se establecería por una Ley orgánica estatal, y que los tribunales superiores de justicia son Poder Judicial central y no tribunales propios de cada comunidad—,<sup>98</sup> por lo que el modelo de protección seguiría siendo imperfecto respecto del alemán, y probablemente, como sucede en el caso mexicano, daría lugar a ineficiencias y resultados no deseados, pues es lo que suele pasar, tal y como venimos afirmando, cuando se trasponen únicamente de manera parcial, modelos importados de otros países.

## V. CONCLUSIONES

Los procesos de reforma estatutaria, que han dado lugar en España a la aprobación de unos estatutos que algunos autores han denominado ya de “segunda generación”, se enmarcan en un abanico más amplio de reformas de las normas de cabecera de los entes subestatales en otros países, a uno y otro lado del océano, como son México e Italia. A lo largo de este trabajo hemos intentado mostrar que, por un lado, en los tres países el resultado ha sido menos satisfactorio de lo que se esperaba, ya sea, como en el caso de México, por el escaso éxito del “amparo local”, ensayado por primera vez por la Constitución de Veracruz, y que la mayoría de las Constituciones estatales de este país han desechado establecer, bien sea, como en el caso de España e Italia, por el intento de trasponer el modelo alemán de protección de derechos regionales, cuando existen diferencias estructurales de calado, fundamentalmente la inexistencia de tribunales propios de las comunidades autónomas y regiones. Pero es en España donde se han producido las mayores dificultades, pues los legisladores estatutarios partieron de la base de que por vía de la reforma estatutaria se podía alterar el marco competencial recogido en el artículo 149, CE,

<sup>98</sup> Cfr. Ferreiro Bahamonde, X., “As competencias da Comunidade Autónoma de Galiza na denominada ‘Materia de Xustiza’”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000, pp. 167-195.

y por eso, a diferencia de Italia, donde la aprobación de nuevos estatutos regionales vino precedida de una reforma constitucional operada entre 1999 y 2001, en España se ha forzado la literalidad de los artículos 138.2, 139.1, 147.2, y fundamentalmente 149.1 y 149.3, para dar cabida, en el edificio constitucional, a unas normas con las cuales, y tras el aval (en lo fundamental) recibido por el TC, ha quedado seriamente alterado.

Es difícil, y por otro lado tampoco es la labor propia del jurista, hacer predicciones acerca de lo que pueda ocurrir en un futuro, sobre todo porque todavía quedan comunidades autónomas (la mayoría) con sus estatutos sin reformar, y porque el Gobierno de la nación ha anunciado su intención de modificar la LOPJ para dar a los tribunales superiores de justicia aquellas competencias que nuestro máximo intérprete constitucional estableció que no podían ser establecidas en los estatutos de autonomía.

y por eso, a diferencia de Italia, donde la aprobación de nuevos estatutos regionales vino precedida de una reforma constitucional operada entre 1999 y 2001, en España se ha forzado la literalidad de los artículos 138.2, 139.1, 147.2, y fundamentalmente 149.1 y 149.3, para dar cabida, en el edificio constitucional, a unas normas con las cuales, y tras el aval (en lo fundamental) recibido por el TC, ha quedado seriamente alterado.

Es difícil, y por otro lado tampoco es la labor propia del jurista, hacer predicciones acerca de lo que pueda ocurrir en un futuro, sobre todo porque todavía quedan comunidades autónomas (la mayoría) con sus estatutos sin reformar, y porque el Gobierno de la nación ha anunciado su intención de modificar la LOPJ para dar a los tribunales superiores de justicia aquellas competencias que nuestro máximo intérprete constitucional estableció que no podían ser establecidas en los estatutos de autonomía.